ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XIV регіональної
науково-практичної конференції

(6 лютого 2008 р.)

Львів 2008

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XIV 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 6 лютого 2008 року. Тези доповідей і повідомлень подані в авторському варіанті.

Редакційна колегія:

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

Наукове редагування:

– доц. В.М. Бурдін

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні:
Матеріали XIV регіональної науково-практичної конференції.
6 *лютого 2008 р.* – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2008. – 396 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ СУДОМ СПРАВЕДЛИВОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СПІВТОВАРИСТВ

Венецька О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Суд Справедливості Європейських Співтовариств (далі – ССЄС) відіграв, можливо, найважливішу роль у розвитку захисту прав людини в Європейському Союзі (далі – ЄС). Саме завдяки його практиці було привернуто увагу до проблеми порушення прав людини в ЄС, а також визнано права людини фундаментальними принципами права Союзу та необхідність їх судового захисту.

Установчі договори прямо не надають індивідам можливості оскарження порушення права ЄС у ССЄС. Не будучи доступним для індивідів, ССЄС не може розглядати справи щодо порушення їхніх фундаментальних прав. Але ст. 234 Договору про засування Європейського Союзу (далі – ДЗЄС) дозволяє нижчим національним судам звертатись до ССЄС за прелімінарними рішеннями щодо тлумачення законодавства ЄС. Своїми рішеннями у відповідь на прелімінарні запити національних судів ССЄС розвинув захист прав індивідів у тих межах, в яких право Співтовариства надає кращий їх захист, ніж національне право деяких держав-членів. У цьому відношенні ст. 234 ДЗЄС стала визначальним інструментом для вдосконалення захисту фундаментальних прав у ЄС. Увага ССЄС до прав індивідів заклала основу для майбутньої діяльності ЄС у сфері захисту прав людини.

Першою справою, у якій ССЄС було прийнято спробу чіткіше визначити свою позицію та передбачити порядок застосування гарантій прав людини, закріплених на національному рівні по відношенню до права Співтовариства та доктрини примату його права, стала справа Strauder v. Ulm. У 1969 році у цій справі ССЄС зазначив, що при тлумаченні та застосуванні положень ДЗЄС дотримується закон, який включає основні права індивідів, визначені в основних принципах законодавства Співтовариства і захищені судом. Проте ССЄС не вказав принципи права Співтовариства, які передбачають дотримання цих прав. Суд задовільнив позов, але не вказав про порушення прав людини, а використав для прийняття рішення наявність відмінностей у різних мовних версіях тексту документа, надавши перевагу тому варіанту, який дозволяв уникнути потенційного порушення основних прав. В останньому абзаці рішення ССЄС зазначив, що фундаментальні права закріплені в загальних принципах законодавства Співтовариства і, що вони захищаються судом.

При вирішенні справи Internationale Handelgesellschaft ССЄС зазначив, що основні права людини формують частину права Співтовариства, а також вказав, що акти Співтовариства можуть бути визнані недійсними, якщо вони посягають

© Венецька О., 2008

на фундаментальні права, які закріплені в конституціях держав-членів, оскільки гарантії цих прав містяться в структурі права Співтовариства і визначені як його основні засади. Іншими словами, ССЄС визначив, що його покликання захисту прав людини виходить із конституційних традицій держав-членів, а на Співтовариство далі покладається обов'язок та повноваження забезпечити ці права у структурі та засадах права Співтовариства. Проте, деякі держави, зокрема Німеччина, були стурбовані тим, що Співтовариство ще не створило системи захисту прав людини і продовжували керуватись національними конституційними гарантіями цих прав. Ця справа показала труднощі, які виникають у ССЄС при використанні "загальних конституційних принципів" держав-членів як частини правопорядку ЄС.

У справі Nold v. Commission ССЄС повторив, що фундаментальні права формують невід'ємну частину права Співтовариства, дотримання якого він забезпечує і зазначив, що здійснюючи захист цих прав, суд зобов'язаний звертатись до конституційних традицій, спільних для держав-членів, і не може вживати заходів, несумісних із фундаментальними правами, визнаними і захищеними конституціями цих держав. Також ССЄС вказав: додатково до конституційних положень, права, закріплені у міжнародних договорах, сторонами яких є держави-члени або до яких вони приєднались є застосовними при аналізі Судом фундаментальних прав. Це була перша згадка прав, закріплених у міжнародних договорах держав-членів у рішенні ССЄС, що відобразило розширення сфери захисту прав людини в судовій практиці ЄС.

Пізніше, ССЄС продовжив використання названих вище джерел прав людини, відносячи їх до загальних принципів права ЄС. Так у справі Rutili v. Minister for the Interior ССЄС було вперше згадано ЄКПЛ: "Беручи до уваги те, що обмеження, введені владою держав-членів для контролю за іноземцями є специфічним виразом більш загальних принципів, які містяться в ст.ст. 8, 9, 10 та 11 ЄКПЛ, підписаної в Римі 1950 року і ратифікованої усіма державами-членами, і в ст. 2 Протоколу № 4 до згаданої Конвенції, підписаного у Стразбурзі 16 вересня 1963 року, в якому з використанням аналогічних термінів зазначено, що жодні обмеження в інтересах національної безпеки чи публічного порядку прав, закріплених у вищезгаданих статтях, не можуть бути застосовані, крім необхідності захисту таких інтересів у демократичному суспільстві". Не можна забувати, що ССЄС використовує ЄКПЛ не безпосередньо, а як вираз загальних принципів права ЄС. Її основна цінність полягає в тому, що вона відображає основні принципи та спільні цінності держав-членів, які ратифікували ЄКПЛ.

У справі Hauer v. Land Rheinland-Pfalz ССЄС підтвердив свою позицію щодо застосування ЄКПЛ, переглянувши обмеження щодо використання власності, встановлене законодавством Співтовариства — він розглянув відповідність цього обмеження не лише конституції Німеччини та інших держав-членів, але і відповідність його положенню про право власності, яке закріплене в ЄКПЛ. Суть справи полягала в тому, що позивачці не було дозволено насаджувати виноград на її власній земельній ділянці у зв'язку з тим, що Комісія заборонила нові насадження винограду у цій місцевості. Таким чином, на думку позивачки, було порушене її право власності, гарантоване як ЄКПЛ, так і конституцією Німеччини. ССЄС постановив, що у даному випадку порушення права власності не було.

У справі ERT AE v. DEP до ССЄС звернулись із проханням врегулювати inter alia питання щодо того, чи є надання ексклюзивних прав на використання телестанції однією компанією порушенням права її конкурента на свободу слова, яке закріплене в ст. 10 ЄКПЛ. ССЄС наголосив на тому, що ЄКПЛ має спеціальне значення і що Співтовариство не може вживати заходів, які є несумісними із визнаними і гарантованими правами людини. ССЄС постановив, що дії, оскаржувані телевізійним оператором, повинні розглядатися у світлі принципу свободи слова, який базується на ст. 10 ЄКПЛ.

ССЄС став інструментом у розвитку судової практики із захисту прав людини в межах ЄС і визнав ряд прав і свобод, які повинні поважатись на його території. Серед них можна виділити наступні: заборона дискримінації; свобода зборів; свобода релігії і віросповідання; право на таємницю особистого життя; право власності; свобода вибору професії; свобода торгівлі; свобода підприємницької діяльності; повага до сімейного життя; ефективний судовий захист і справедливий судовий розгляд; недоторканність житла; свобода слова і публікацій.

Незважаючи на те, що ССЄС здійснювався досить широкий захист прав людини в рамках ЄС, ССЄС все-таки встановив певні обмеження щодо цих прав. Наприклад, у справі Internationale Handelgesellschaft, коли ССЄС вказав, що порушення фундаментальних прав може бути застосоване як підстава для визнання недійсними актів Співтовариства, він також зазначив, що такі права не надаються без обмежень, а повинні бути сумісними із структурою та цілями Співтовариства. Ці права повинні завжди розглядатись відповідно до соціальної функції діяльності, яка підлягає захисту.

З вищенаведеного можна зробити наступні висновки:

1. саме ССЄС вказав на закріплення прав людини як загальних принципів права ЄС і на захищеність їх судом;
2. поступово ССЄС зазначив про необхідність застосування міжнародних договорів ЄС щодо прав людини та ЄКПЛ, при визначенні дотримання в актах ЄС фундаментальних прав. Однак, ЄКПЛ не застосовувалась безпосередньо, що зумовлено її статусом по відношенню до законодавства ЄС, та з огляду на ст.6 ДЗЄС. Таким чином ССЄС розглядав не порушення прав людини, а порушення законодавства ЄС;
3. ССЄС проявив досить неоднозначний підхід у вирішенні справ, пов’язаних із захистом прав людини, оскільки у справах, пов’язаних із оскарженням актів загального характеру він найчастіше не задовільняв позов, хоча зазначав при цьому те, що права людини формують частину законодавста ЄС (Hauer, Handesgesellschaft та ін).

ЗАКОН – ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА

Гайова О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Входження України у європейський правовий простір супроводжується відповідними інтеграційними та реформаторськими заходами. Ефективність цих процесів залежить не лише від досконалого механізму взаємодії європейських міждержавних правових систем та правової системи України, але й від належно сформованих ідентифікаційних ознак з континентальним правом. Серед таких є і визнання закону основним джерелом права.

Таке правове явище як закон не обділений науковою увагою. У вітчизняній та зарубіжній літературі, зокрема у працях С. Алексеева, Ж. Бержеля, А. Міцкевича, С. Пролєніної, Н. Сільченка, Ю. Тіхомірова, М. Цвіка, Г. Шмельової та ін. аналізувалися різноманітні аспекти цього явища. Як правило, суттєві розбіжності щодо поняття закону у юридичній літературі відсутні. Закон трактується як нормативно-правовий акт органу законодавчої влади або народу, який регулює найважливіші суспільні відносини, приймається в особливому порядку та має вищу юридичну силу.

З метою визначення місця та ролі закону у системі джерел права та встановлення зв’язків між самими законами проводиться їх класифікація.

Так, за предметом регулювання закони поділяються на конституційні, цивільні, адміністративні, фінансові тощо. За часом функціонування по постійні та тимчасові. За юридичною силою на: конституції, конституційні, органічні та звичайні закони.

У романо-германських правових системах найбільш поширеною є класифікація за юридичною силою.

І хоча, на думку Ж.Л. Бержеля, у правових системах континентального права відсутнє єдине вчення про закони, проте верховенство закону у позитивному праві визнається беззастережно.

При цьому, закон є не лише основним джерелом права у системі джерел, а й базовим фактором формування будь-якої національної правової системи та й романо-германського типу в цілому. Це обумовлено європейською правовою культурою і традиціями. Важливим є те, що найкращі правові ідеї, наприклад, справедливість, рівність, свобода, у континентальному праві фіксувалися у законах, а закон ніколи не ототожнювався з правом.

У системі законодавства завжди дотримуються субординаційні правила. Так, в ієрархії законів найвище місце займає Конституція – основний закон, наділений вищою юридичною силою. Така юридична значимість та місце у системі джерел континентального права, визначається, на думку представників природничої юриспруденції тим, що конституція є найвищим проявом волі народу. Фактична значимість конституції проявляється у встановленні порядку організації та здійснення державної влади, визначенні взаємозв’язків держави, особи та суспільства.

© Гайова О., 2008

Нинішні конституції у правових системах континентального права фіксують принципи співвідношення міжнародного та національного права, європейські правові стандарти юрисдикційного механізму захисту прав особи, правові основи взаємодії європейських міждержавних організацій та держав-учасниць.

Авторитет та престижність основного закону у правових системах континентального права забезпечується спеціальними органами конституційного правосуддя. Прийняття та застосування законів супроводжується судовим контролем за їх конституційністю. Значимість конституційного контролю у конкретних правових системах континентального права є різною, а деякі держави відмовилися від контролю за конституційністю законів взагалі.

Крім конституції, до групи конституційних законів входять закони, за допомогою яких вносять зміни і доповнення до Конституції, а також закони, прийняття яких передбачено конституцією.

Конституційні закони відрізняються від звичайних законів за змістом, формою, характером та порядком їх прийняття, внесення змін і доповнень. Розрізняються закони і за суб'єктами законотворення.

Особливе значення серед цих актів мають закони, що приймаються і порядку референдуму. Цей спосіб прийняття законів зафіксований у всіх конституціях континентального права, проте його часто називають «паперовим», так як реально він є маловитребуваним.

Ці та інші характерні ознаки є важливими для встановлення співвідношення законів з іншими нормативно-правовими актами (підзаконними). Останні, як відомо, видаються на підставі закону, відповідно до закону і для його виконання. Підзаконні нормативно-правові акти покликані конкретизувати приписи законів, не підміняючи їх. Підміна підзаконними актами законів веде до зниження ролі та авторитету закону, порушує субординаційні зв'язки у системі нормативно-правових актів та системі джерел права, що знижує їх ефективність.

Важливе місце у системі законодавства займають кодекси. У континентальному праві історично склалося так, що перевага надавалася галузевій кодифікації.

Кодекс дозволяє змістовно переопрацювати та об'єднати нормативно-правові приписи, пов'язані спільним предметом регулювання. При цьому, охоплюються галузеві відносини або відносини інститутів у межах певної галузі права у межах єдиного акту. Кодекс фіксує найбільш важливі нормативно-правові приписи, він має значний обсяг та складнішу ніж звичайний закон структуру.

До класичних кодексів континентального права відносять Цивільний кодекс Франції (1804 р.), Германське цивільне уложення (1896 р.), Австрійський цивільний кодекс (1811 р.), Кримінальний кодекс Франції (1810 р.) та ін.

Для системи джерел континентального права і на даний час характерним є намагання створити галузеві кодифіковані акти, яким надається перевага перед звичайними законами. Хоча до кодифікованих актів крім кодексів відносять і основи законодавства, статути, положення, регламенти, правила, проту переваги надають кодексам. І крім галузевих кодексів, утворюються кодекси, що охоплюють приписи інститутів права (наприклад, Водний кодекс України або

такі, що мають комплексний (міжгалузевий) характер (наприклад, кодекс торгівельного мореплавства України).

Використання значної питомої ваги законів пов'язане з тим, що саме таке джерело права дозволяє, уподібнено регулювати складні суспільні відносини, що не під силу іншим джерелам права.

У сучасних умовах, у правових системах континентального права вважають, що найкращим способом встановлення справедливого рішення по справі є використання законодавчих приписів. Визнання закону основним джерелом права пов'язано і з тим, що саме таке джерело права дозволяє забезпечити загальносуспільні інтереси. У зв'язку з цим, у континентальне право характеризується найбільш досконалою законодавчою технікою, яка забезпечує створення якісних законів.

Разом з тим, для сучасних умов розвитку правових систем континентального права характерним є зростання питомої ваги міжнародних договорів та судових прецедентів. Виникає конкуренція між законами, міжнародними договорами та прецедентами, що звужує регулятивні можливості закону та сфери його дії. А це у свою чергу, вимагає переосмислення місця та ролі закону у системі джерел континентального права.

СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ЦІННІСТЬ

Грищук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед цінностей, що складають онтологічну основу права і є похідними від людської гідності, визначальне місце займає справедливість. В юридичній та філософській літературі неодноразово підкреслювався саме ціннісний характер справедливості. Так, справедливість визначається як поняття моральної свідомості, що характеризує захід впливу та вимоги прав і благ особистостей або соціальної спільноти, міру вимогливості до особистості, правомірність оцінки економічних, політичних, правових явищ дійсності і вчинків людей, а також їх самооцінки.

Висловлюються думки, що справедливість є попередньою умовою здійснення всіх інших цінностей, що визначають орієнтири в життєдіяльності людини. Крім того, зауважують, що справедливість має нормативну природу, відноситься до компетенції практичного розуму. Це означає, що вона більш чутлива до відмінностей, менш універсалізована. Мінімум справедливості в суспільстві гарантується правом. Однак право опирається на «усереднену» норму справедливості, а тому чим більш різнорідним є суспільство, тим більш відчутним є дефіцит справедливості та тенденції її перетворення в свою протилежність.

На думку Майкла Сендела пріоритет справедливості можна розуміти у два способи. У першому випадку справедливість розглядається як моральний сенс, оскільки вона є вищою від інших моральних інтересів. Якщо дотримуватись такого погляду, то справедливість – це не просто цінність серед інших цінностей, яку ми зважуємо та оцінюємо в кожній конкретній ситуації, а найвища з усіх соціальних чеснот, цінність, вимоги якої треба задовольняти ще до того, як розглядати вимоги інших цінностей. Якщо щастя людства можна досягнути тільки несправедливими засобами, ми повинні віддати перевагу справедливості, а не щастю. А якщо справедливість ґрунтується на певних індивідуальних правах, то навіть заради загального добробуту не можна підвищувати ці права.

Не заперечуючи важливість та засадничий характер справедливості, що відстоюється автором, слід зауважити певну невідповідність у його судженнях. Зокрема М. Сендел стверджує про пріоритетність справедливості над іншими соціальними цінностями, в той же час зазначаючи, що справедливість ґрунтується на індивідуальних правах. Тут необхідно зазначити, що індивідуальні права також є соціальними цінностями, а їх природа зумовлена біосоціодуховними особливостями людини. В свою чергу, джерелом, онтологічною основою прав людини є людська гідність. Тому бачиться логічним розглядати справедливість як похідну від людської гідності соціальну цінність.

Поряд з цим, слід погодитись, що пріоритет справедливості означає певний моральний пріоритет, а також привілейовану форму обґрунтування. На думку М. Сендела право має пріоритет перед добром не тільки тому, що його вимоги йдуть попереду, а й тому, що мають незалежне походження. Це означає, що на відміну від інших практичних настанов, принципи справедливості обґрунтовують у спосіб,

© Грищук О., 2008

який не залежить від того чи іншого розуміння добра. Навпаки, право, маючи незалежний статус, обмежує добро і визначає його межі.

У другому випадку пріоритет справедливості означає: цінність морального закону полягає не в тому, що він сприяє досягненню певної мети, яку вважають за добро. Навпаки, він є самодостатньою метою, якій віддають перевагу перед усіма іншими цілями, й виконує щодо них регулятивну функцію.

На думку Джона Ролза справедливість є єдиним найважливішим міркуванням, яке беруть до уваги при оцінці базової структури суспільства й загального напряму соціальних змін. Справедливість є першою чеснотою соціальних інституцій, так само, як істина – першою чеснотою систем мислення. Теорію, хоч яку елегантну та економічну, слід відкидати або переглядати, якщо вона неправдива; так само й закони й інституції, хоч які ефективні та добре організовані, слід реформувати або скасовувати, якщо вони не справедливі. Як перші чесноти людської діяльності, істина і справедливість не можуть бути об’єктом компромісів.

Ролз вважає, що кожна особа володіє недоторканністю, яка ґрунтується на справедливості, яку навіть добробут суспільства як цілого не може перевершувати. Тому справедливість заперечує твердження, що втрату свободи будь-якої людини можна надолужити більшими добром, що дістанеться іншим людям. Справедливість не дозволяє, щоб жертви, накинуті не багатьом, переважила більша сума вигод, якими тішиться більшість. А тому в справедливому суспільстві свободу рівного громадянства розглядають як установлену; права, які забезпечує справедливість, не повинні залежати від політичних домовленостей чи від урахування суспільних інтересів.

Проте вчений виділяє й інше значення, в якому справедливість має бути першочерговою (тобто незалежною за походженням) стосовно цінностей, які вона оцінює. Ролз вважає, що є потреба в «Архімедовій точці опори», з якої можна було б оцінювати базову структуру суспільства. Проблема полягає в тому, щоб розважливо пояснити, де можна знайти таку точку. Тут постають дві можливості, кожна з яких є не до кінця прийнятною: якщо принципи справедливості походять від цінностей чи концепцій добра, наявних у суспільстві, то немає впевненості, що критична позиція, яку вони забезпечують, є більш слушною, ніж концепції, які вони регулюватимуть, оскільки, як продукт цих цінностей, справедливість підлягала б впливові тих самих випадкових чинників. Альтернативою міг би бути певний зовнішній критерій щодо цінностей та інтересів, які переважають в суспільстві. Однак, якщо досвід не може бути визнаний джерелом цих принципів, то альтернатива тоді б базувалась на апріорних припущеннях, які часто є безпідставними. Тобто у випадку, коли справедливість виводиться з наявних цінностей, критерії оцінки змішуються з об’єктами оцінювання і немає реальної можливості відокремити ці критерії від об’єктів. У випадку ж, коли справедливість спирається на апріорні принципи, немає надійного способу їх поєднання.

На думку Ролза тут виникла потреба певної концепції, що дасть змогу бачити мету здалеку, проте не задалеко, оскільки бажана позиція не погляд з якогось місця за межами світу, а радше певна форма мислення й відчуття, яку можуть засвоїти собі у цьому світі раціональні індивіди.

Ролз у своїй концепції використовує поняття морального індивіда, тобто суб’єкта із цілями, які він обрав, а його провідні вподобання спрямовані на

створення умов, які дають йому змогу змоделювати спосіб життя, що виражає його природу як вільної й рівної з усіма раціональної істоти такою повною мірою, як дозволяють обставини. В даному випадку мова йде про первинну єдність Я, яка означає, що людина хоча й зумовлена своїм зовнішнім середовищем, проте завжди має пріоритет над своїми цінностями й цілями й ніколи повною мірою не визначається ними.

На думку вченого, Я завдячує своєю конституцією, своїм первісним статусом концепції права, а людина може виявити свою справжню природу лише діючи на основі почуття справедливості. Саме тому почуття справедливості не можна розглядати як просто бажання серед інших бажань, а слід розглядати як мотив вищого порядку. Прагнення виявити нашу природу як вільної та рівними з іншими раціональної істоти можна реалізувати лише на основі принципів права і справедливості як таких, що мають пріоритет. Дії, основані на цій пріоритетності, виражають нашу свободу від випадковості та непередбачуваності. Отже, щоб реалізувати свою природу, ми не маємо іншої альтернативи, як планувати й далі зберегти наше почуття справедливості, що керує нашими іншими цілями. Це відчуття не можна реалізувати, якщо воно зазнало компромісних обмежень і врівноважене супроти інших цілей як просто бажання серед інших бажань. Це бажання передусім поводитись певними чином, прагнення, що містить у собі свій власний пріоритет.

Принцип пріоритету справедливості, що розглядається у такий спосіб насправді дуже влучно і вичерпно розкриває її суть. Викладена концепція, однак, викликає деякі застереження стосовно співвідношення справедливості, права та природи Я. Не можна, зокрема, повною мірою погодитись з тим, що право повністю обумовлює природу Я, визначає його конституцію. Більш доцільно видається розглядати ці поняття як взаємозалежні, оскільки саме з людської природи випливає потреба у праві, яке, в свою чергу впливає на поведінку людини, а отже змінює та удосконалює її. Тут слід особливо наголосити, що саме завдяки беззаперечній цінності людини – людській гідності існує право, як вияв і продовження її природи та прагнення до постійного розвитку та вдосконалення. Саме через призму справедливості, свободи та формальної рівності, які неминуче випливають з концепції людської гідності як необхідні елементи існування та забезпечення людської гідності, слід розглядати право. У такому випадку право виступатиме інструментом, що, з одного боку, є виразом природи людини, людської гідності, а з іншого боку – ефективним засобом забезпечення свободи, справедливості та формальної рівності людей.

Г’юм вважає, що справедливість виникає внаслідок необхідності її використовувати у процесі людських відносин у суспільстві. Принципи ж справедливості і рівності цілком залежать від конкретного становища та умов, за яких живуть люди, і завдячують своїм походженням та існуванням тій користі, яку вони дають людям внаслідок їх суворого та постійного дотримання.

В літературі наголошується також на визначальному місці справедливості у праві. Так, на думку В.А. Бачініна, справедливість є вищою цінністю, яку покликана захищати і культивувати вся система права. Тому справедливість постає як конкретно-історична міра узгодження багатоманітності людських інтересів, що є змінною в часі і просторі, здатна відхилятись в різні сторони, то наближаючись до етичного і природно-правового оптимуму, то відхиляючись від

нього. Справедливість, з одного боку, є об'єктивною, оскільки виступає якісною характеристикою сущого. З іншого боку, справедливість є суб'єктивною, оскільки співвідносить суще з ідеальним і набуває оціночної спрямованості.

Тут слід погодитись з Ролзом, який зазначає, що в суспільстві, якому властиве глибоке розходження між протилежними і неспівмірними концепціями добра, саме концепція справедливості як чесності дає змогу розуміти, що суспільна єдність може бути і можливою і стабільною. Вчений пропонує два принципи справедливості:

1. кожна особа має рівне право на повну належну схему рівних базових прав і свобод, і вона має бути сумісною і схожою схемою, розрахованою на всіх;
2. соціальні та економічні нерівності мають задовольняти дві умови: по-перше стосуватися установ та посад, відкритих для всіх за наявності умов чесної рівності можливостей; по-друге – бути більш корисними для найменш успішних членів суспільства.

На думку Фрідріха фон Хайека, проблеми справедливості виникають лише у зв'язку з тими аспектами порядку людських дій, на які розповсюджується дія правил справедливої поведінки. Мова про справедливість передбачає, що певна особа чи група осіб повинні чи не повинні виконати певну дію і це вимагає визнання правил, що визначають деякий набір обставин, в яких певного виду поведінка забороняється чи, навпаки, вимагається. Правила справедливої поведінки відносяться до дій індивідів, які торкаються інших людей. Тому правила справедливої поведінки, яких дотримуються в суспільстві, вчений називає правом. Втрата ж віри в право, що слугує справедливості, а не приватним інтересам і цілям уряду, є головною причиною поступового зникнення особистої свободи людини.

Таким чином, справедливість виступає оптимальною мірою співвідношення протилежних інтересів у суспільстві, можна сказати, що вона є показником співвідношення цих інтересів, а тому є визначальним чинником, що підпорядковує собі функціонування суспільства та його систем (в тому числі і правової). Саме в справедливості права, зміст якої по різному тлумачиться дослідниками, вбачається його загальнолюдська цінність. Йдеться, безумовно, не про абстрактну, а про конкретно-історичну справедливість, уявлення про яку в різні епохи істотно змінювалось. В сучасних умовах справедливість права слід вбачати в його прогресивній спрямованості, легітимності, відповідності ідеалам демократії та гуманізму.

Слід погодитись, що справедливість використовується для моральної оцінки певних ситуацій, учасники яких вступають у відносини, в яких саме ця категорія найкраще характеризує моральність поведінки. Тому конкретні претензії, які висловлюють владі, суспільству, конкретним людям, часто формулюються як докори несправедливості. У цьому сенсі порушення справедливості відіграє таку ж роль, як порушення законності: як перше, так і друге явно свідчить про руйнування певних фундаментальних структур моральної поведінки. Суттєвим є і зв'язок між правом і справедливістю, оскільки право призначене для підтримання справедливості, а справедливість є основою права.

ЧИ ІСНУЮТЬ ВСЕЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВ ЛЮДИНИ? (У ПОШУКАХ ПОЗАКУЛЬТУРНИХ ОСНОВ ПРАВ ЛЮДИНИ)

Добрянський С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема універсальності прав людини не є новою, адже сам по собі ідея прав людини є продуктом певної історичної епохи, певного суспільства, відтак вона іманентно не може бути непритаманна цьому феномену.

Інша справа, що в період після завершення ІІ Світової війни, права людини були покладені в основу нового міжнародного правопорядку, і стали однією із вимог, які пред'являються до держав сучасного світового співтовариства.

Таким чином, за певних історичних умов, ідея прав людини "перекочувала" з національного на міжнародний рівень, а звідти вже була "трансплантована" через діяльність як світових міжнародних організацій так і політику окремих держав на рівень національних правопорядків в т.ч. тих, які до цього не знали феномену прав людини власне в його "прозахідному варіанті".

Це призвело, на думку деяких зарубіжних дослідників, до того, що ідея прав людини як ідея свободи, звільнення, забезпечення автономії особи може набувати за певних умов протилежного характеру – колонізації, нав'язування цінностей невластивих для певних суспільств.

"Симптоми" потенційної хвороби "неприйнятності" прав людини були зафіксовані ще напередодні прийняття Загальної Декларації прав людини у документі, опублікованому від імені виконавчої ради Американської Антропологічної Асоціації, де наголошувалося на втіленні у вказаному документі "прозахідних ідей": "Він (документ) не буде носити переконливого характеру для індонезійця, африканця, індійця, китайця, якщо він займатиме положення того ж плану що і документи попереднього періоду. Права людини XX століття не можуть бути визначені стандартами будь-якої культури або продиктовані прагненнями певного народу".

Звертає на себе і той факт, що й через 45 років після прийняття Загальної Декларації прав людини гострота проблеми визнання цього інституту як такого, що може застосовуватися у будь-якій державі сучасного світу не знялася. Офіційна позиція китайської делегації, озвучена на Всесвітній конференції по правах людини, котра відбувалася у Відні 1993 року отримала таке формулювання: *"Концепція прав людини є продуктом історичного розвитку. Вона тісно пов'язана з специфічними соціальними, політичними та економічними умовами, культурою і цінностями окремо узятої країни. Різні історичні стадії висувають різні вимоги щодо прав людини. Держави на різних етапах розвитку або з різними історичними традиціями та культурним фундаментом, також мають різне розуміння та практику щодо прав людини. Таким чином, не можна і не потрібно думати про стандарти прав людини і моделі певної держави як єдино правильні і вимагати від інших держав погоджуватися з такими стандартами. Це нереалістично, ані недієво ставити*

© Добрянський С., 2008

у залежність від прав людини надання міжнародної економічної допомоги або здійснення міжнародного економічного співробітництва".

Поміркована критичне ставлення до проблеми універсальності концепції прав людини виявляється не лише у представників так званих "незахідних" (східних, азіатських) держав, але і серед мислителів, діячів, так би мовити, "проєвропейського" світу. Так відомий рос. Учений М.М.Моісєєв у своїй доповіді на Міжнародній науковій конференції присвяченій 50-річчю Загальної Декларації прав людини зазначив: "Мені видається, що спроба уніфікувати поняття прав людини говорять лише про незрілість нашої планетарної цивілізації, або, краще сказати, – цивілізацій, нерозуміння того загального процесу самоорганізації, який визначає розвиток суспільства. Утвердження протестантської етики, яка настільки блискуче викладена у "Фаусті" Гьоте і євро-американського індивідуалізму, на сучасному етапі розвитку людства (підкреслю – саме нинішньому), тобто в останні 2 – 3 століття, визначили дивний взліт суспільства споживання.

Але чи значить це, що вироблені у цих країнах стандарти можуть бути перенесені, наприклад в Росію і дадуть у нових природних умовах, у вироблених віками традицій тотожний ефект? Відповідь, скоріше за все, повинна бути негативна".

Вищенаведені міркування, як видається, природним чином ставлять перед дослідником таке запитання: чи вірним виступає твердження про те, що оскільки ідея прав людини має конкретно-історичне походження, це стає непереборною перешкодою на шляху до прийняття цієї концепції тими суспільствами, які перебували осторонь тих процесів, котрі мали місце в так званій західній цивілізації?

Розглянемо більш детально ті процеси, які зумовили сучасний статус прав людини. Як зазначається в одному з найбільш авторитетних світових енциклопедичних видань – "Британіці", *"права людини"* – це словосполучення, що увійшло у мовний лексикон лише після ІІ Світової Війни, ознаменувавши народження *сучасної концепції* прав людини, котра прийшла на зміну доктрині *природного права*. Чому саме після завершення ІІ Світової Війни? Цікавим буде звернення до сучасної зарубіжної літератури для висвітлення цієї проблеми: "Все більше та більше, юристи з різних кутів світу звертаються за допомогою до *загальних принципів права*, котрі можна уподібнити до стародавнього *jus gentium* (права народів), і які знаходять своє реальне та достатнє обгрунтування у ***консенсусі цивілізованого людства*** (підкресл. – Добрянський С.П.). Той факт, що ці принципи є визнаними, явно чи імпліцитно судами різних країн, навіть якщо вони не були визнані обов'язковими законодавчою владою, виступає доказом неспроможності конструкції Кельзена, котра визначає дієвість норм права залежно від їхнього включення у ієрархічну та динамічну систему, елементи якої отримують свою дієвість від презюмованого верховного стандарту". Проф. Ч.Пірлман зазначає, що "універсальна реакція на злочини нацизму змусила держави-союзники протлумачити принцип *"nullum crimen sine lege"* (без закону немає злочину) у непозитивістському значенні, тому що порушений закон випливав не із системи позитивного права, а із *совісті усіх цивілізованих людей*. Переконання у тому, що неможливо залишити такі жахливі злочини без покарання, хоч вони і випадали за систему позитивного права, отримали першість щодо позитивістської концепції обгрунтування права".

Отже, можна дійти висновку, що розроблення прав та свобод людини, закріплених у Загальній Декларації 1948 р., виступило реакцією *колективної свідомості людства* на ті історичні події, які людство пережило у І пол. ХХ ст. і кульмінацією яких виступила ІІ Світова Війна, чи, іншими словами, можна говорити, що в основі сучасної концепції прав людини лежить така ***універсальна основа*** як колективна свідомість людства, що не могла не прореагувати на ті історичні події котрі мали місце в І пол ХХ ст. і які мали загальноцивілізаційне значення.

Позитивною рисою такого *історико-філософського* обгрунтування прав людини виступає те, що він може бути покладений в основу категорії прав людини, які іменуються "основними" або "первинними", хоч за його допомогою складно забезпечити обгрунтування розгорнутого переліку прав та свобод людини. Такий підхід вряд чи допоможе вичерпно пояснити специфіку реалізації прав людини у контексті суспільства певної держави, однак його незаперечною перевагою є те, що він виступає певним підсумком історичного досвіду людства і вказує на ті варіанти поведінки, які є недопустимими у застосуванні щодо людини за будь-яких умов, незважаючи на специфічні культурно-історичні умови.

У міру зростання взаємозалежності держав сучасного світового співтовариства, виникнення та розгортання діяльності міжнародних регіональних систем захисту прав людини та появи явища принципово нового порядку, незнаного в попередні історичні періоди, котре позначається терміном "глобалізація", проблема універсальності прав людини, як видається, отримає своє позитивне розв'язання. Нікарагський вчений Хаб'єр Горостьяга стверджує, що в еру глобалізації людство розглядається як принципово цілісне, поєднане єдиною долею, що є результатом технологічної революції в інформації та комунікації і усвідомлення неприйнятності продовження чинного стану життя.

Отже, підсумовуючи вищевикладане, можна зробити такі висновки:

1. Історико-філософський підхід може слугувати одним із ключів до розв'язання проблеми універсальності прав людини.
2. Його позитивною характеристикою виступає те, що він уникає проблеми протистояння вихідних засад, котрі кладуться в основу визнання або заперечення концепції прав людини універсальною, а натомість концентрує увагу на історичних фактах, які мають загальнолюдське значення, не залежать від певних специфічних конкретно-соціальних умов. Такі факти можуть використовуватися для обгрунтування мінімально необхідних умов людського існування у формі прав людини.
3. Одним із недоліків цього підходу є його обмеженість в можливостях пояснення особливостей здійснення прав людини у різних соціальних контекстах.

ВПЛИВ ПРАВОРОЗУМІННЯ НА ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ ЮРИДИЧНИХ НОРМ.

Дудаш Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розгляд правоінтерпретаціної діяльності Конституційного Суду України, Федерального Конституційного Суду Німеччини, Верховного Суду США, Європейського суду з прав людини у частині здійснюваного ними тлумачення-з'ясування крізь призму герменевтичного механізму дозволяє простежити вплив на таку діяльність як їхнього загального праворозуміння, так і низки позаправових факторів.

Встановлено, що у багатьох випадках цей вплив робить проблематичним застосування таких традиційних критеріїв «правильності» тлумачення як його об'єктивність, повнота, узгодженість, а натомість дозволяє акцентувати увагу на соціальних наслідках тлумачення-роз'яснення, на його прийнятності для тих чи інших суб'єктів, ефективності у розв'язанні соціальних конфліктів, суперечок, у задоволенні тих чи інших потреб та інтересів.

Офіційна правоінтерпретаційна діяльність зазначених судових органів підпорядковується так званій герменевтиці буття. Хоча у теорії тлумачення юридичних норм нерідко декларується необхідність (чи принаймні можливість) встановлення справжньої волі законодавця (а таке встановлення мало б підпорядковуватись вже, навпаки, герменевтиці свідомості), на практиці з-поміж розглянутих органівспроби реалізувати цей підхід робилися хіба що у правоінтерпретаційній діяльності Верховного Суду США.

Загальне праворозуміння Конституційного Суду України, Федерального Конституційного Суду Німеччини, Верховного Суду США, Європейського суду з прав людини конституюється – відкрито (текстуально), чи то приховано (латентно) – у герменевтичному акті розуміння. Воно завжди входить у передрозуміння інтерпретуючого суб'єкта. Таке праворозуміння часто-густо виступає визначальною детермінантою інтерпретаційної діяльності цих суб'єктів. А саме тоді, коли свою позицію аргументують: 1) Конституційний Суд України – принципом верховенства права; 2) Верховний Суд США – через посередництво таких методів-принципів як матеріальна та процесуальна справедливість, рівний захист з боку закону; 3) Федеральний Конституційний Суд Німеччини – посиланням на принцип справедливості. Праворозуміння Верховного Суду США і Федерального Конституційного Суду Німеччини майже ніколи не обмежується суто текстом закону, а зазвичай виходить за його формальні (буквальні) межі (причому стосовно Федерального Конституційного Суду Німеччини це прямо закріплено в одному з його рішень). Праворозуміння Федерального Конституційного Суду Німеччини відповідає первинному праворозумінню, яке було покладено в основу німецькомовного правоназивання. Що ж до Європейського суду з прав людини, то право у його розумінні – це всі ті явища, які забезпечують збалансованість інтересів учасників суспільного життя. Це свідчить про домінування у суддів Європейського суду з прав людини соціологічно-позитивістського різновиду праворозуміння.

© Дудаш Т., 2008

При прийнятті рішень кожним з означених органів його судді не завжди виходять з однакового праворозуміння, чим насамперед і пояснюється наявність у деяких із них окремих думок при прийнятті рішень.

Дослідження правоінтерпретаційної діяльності Верховного Суду США, Федерального Конституційного Суду Німеччини, Європейського суду з прав людини крізь призму її герменевтичного механізму дозволяє простежити вплив різних факторів на цю діяльність згаданих правоінтерпретаторів і дійти висновку про те, що на усіх стадіях процесу розуміння цей вплив може набувати вельми вагомого значення і сприяє *пристосуванню* правових норм (у ФРН), абстрактних положень Конституції (у США), загальних положень Конвенції (для держав-учасниць Ради Європи) до конкретно-історичних умов розвитку суспільства.

Правоінтерпретаційна діяльність Конституційного Суду України, Федерального Конституційного Суду Німеччини, Верховного Суду США, Європейського суду з прав людини засновується зазвичай на такому різновиді онтичної сутності процесу розуміння як «проникнення у текст сам по собі», а її результатом є *смислотворення* (навіть якщо воно й назване «смисловідшукуванням»). Це забезпечується застосуванням таких інструментів правоінтерпретації, котрі допомагають аргументувати позицію інтерпретатора, спрямовану на пристосування безпосереднього тлумачення певного об’єкта до нових конкретно-історичних обставин через застосування герменевтичного механізму. А тому навіть констатація таких різновидів мети тлумачення як встановлення «справжнього», «дійсного» смислу юридичної норми або встановлення «волі автора» такої норми (текст якої містить можливість плюралізації її смислів) не перешкоджає – свідомо чи несвідомо для правоінтерпретатора – корегуванню смислу норм Конституції, законодавства чи Конвенції для їх пристосування до нових умов розвитку суспільства.

Дослідження офіційної правоінтерпретаційної діяльності крізь призму її герменевтичного механізму дозволяє дійти висновку про те, що іманентною ознакою такої діяльності є можливість *переінтерпретації* результату попередньої офіційної інтерпретації під впливом зміни соціо-культурного контексту. Така можливість, зокрема, підтверджує *спіралеподібність* процесу розуміння та проявляється не в однаковій мірі у діяльності різних офіційних інтерпретаторів. Стосовно таких органів як Федеральний Конституційний Суд Німеччини, Верховний Суд США, Європейський суд з прав людини переінтерпретація норми у процесі розвитку суспільства офіційно визнається допустимою й реалізовується на практиці. А от можливість такої переінтерпретації Конституціного Суду України поки що прихована під виглядом формального уточнення його попередніх рішень рішень.

Істинним стає той смисл правової норми, який певною мірою твориться, «приписується» тексту в результаті його розуміння шляхом інтерпретації уповноваженим органом (зокрема, Конституційним Судом України, Федеральним Конституційним Судом Німеччини, Верховним Судом США, Європейським судом з прав людини) через посередництво герменевтичного механізму. Це свідчить про відсутність єдиного „об’єктивного” смислу норми. Ця практика – ще один доказ універсальності положення діалектики про те, що суспільствознавча істина завжди є конкретною.

Отже, застосування положень герменевтики як до дослідження проблеми праворозуміння офіційних правоінтерпретаторів, так і до з'ясування механізмів його впливу на їхню правотлумачну діяльність дозволило поглибити уявлення про конституційне правотлумачення (та й, зрештою, про будь-яку іншу правоінтерпретацію) й отримати, як видається, нові знання (якими традиційна загальна теорія тлумачення юридичних норм не володіє).

ПРОБЛЕМИ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ У КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД 1950 РОКУ ТА ПРОТОКОЛАХ ДО НЕЇ

Коваль А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Права людини, їх розуміння, генеза (походження), соціальні корені, призначення, а також дієвий механізм захисту прав людини – це питання, до яких звертаються правники через призму історичного, соціального та культурного розвитку суспільства в цілому та окремих його національних частин. Протягом тисячоліть ці проблеми стали безпосереднім предметом дослідження філософських, політичних, соціально-правових та морально-етичних наук.

Висловлювання „права людини" є відносно новим, воно з'являється після другої світової війни, а саме, під час заснування Організації Об'єднаних Націй у 1945 році. Висловлювання „права людини" замінило за змістом висловлювання „природні права".

Права людини – це складне багатовимірне, різнотлумачне, але водночас соціальнонеобхідне політичне явище. Поштовхом до появи та розвитку такої абстрактної категорії „права людини" як природних, невід'ємних та невідчужуваних стає несправедлива соціальна політика середньовічних європейських держав. Так у період відродження, реформації виникають ідеї, які в подальшому впливають на розвиток природничої школи права, просвітництва, а також гуманізму. Варто пригадати, наприклад, праці Гуго Гроція, Томаса Гобса, Джона Локка, Ш.Л. Монтек'є, Ж.Ж. Руссо у яких вони стверджували, що права людини мають природний характер і з'явилися раніше держави. З цих часів людина не сприймається через призму суспільства (загалу, маси), а розглядається як індивід, який становить неабияку соціальну цінність, бо він (індивід) наділений розумом та рівними природними правами. Саме такі ідеї просвітників стають рушієм нової історії Європи та світу, саме ці ідеї поступово втілюються у конституційні норми різних держав, саме через такі прогресивні ідеї відбуваються буржуазно-демократичні революції 17-18 ст. „Права людини" набирають всесвітнього значення, формально зрівнюючи всіх людей. Наслідком цього є повалення феодальних відносин та скасування рабства, а також поява американської Декларації незалежності (1776 р.), французької Декларації прав людини і громадянина (І789 р.), Білля про права Сполучених Штатів (1791 р.), в яких проголошувалися основні права людини і обов'язок гарантувати їх покладався на уряди.

Фактично, лише після другої світової війни, яка продемонструвала всьому людству, насамперед, на прикладі фашистської Німеччини, до яких жахливих наслідків може привести політика зневажливого ставлення правлячої верхівки до прав і свобод свого й чужих народів, принцип поважання прав людини набрав конкретного міжнародно-правового звучання. Розуміння тісного взаємозв'язку між дотриманням прав людини в окремих країнах і міжнародною безпекою й

© Коваль А., 2008

усвідомлення необхідності співпраці в галузі захисту цих прав спочатку відбилося в Статуті ООН, преамбула якого, зокрема, підкреслює рішуче прагнення народів утвердити віру в основні права людини, а ст. 55 закликає до їх поваги й дотримання стосовно всіх незалежно від раси, статі, мови чи релігії. Подальше міжнародно-правове закріплення й чітке окреслення комплексу цих прав реалізовується у Загальній декларації прав людини 1948 р., інших документах ООН, наприклад, в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (1966 р.), Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (1966 р.).

Однак в системі ООН, зокрема, в силу існуючих в цій всесвітній міжнародній організації протиріч не була створена якась постійна правова інституція, яка відправляла би міжнародне правосуддя в галузі прав людини. ООН головним чином декларувала в своїх документах права й основні свободи людини та в деякій мірі контролювала їх здійснення на терені держав членів, як правило, без застосування якихось міжнародних санкцій до порушників.

Принцип дотримання прав людини у післявоєнні роки поступово вписувався й у регіональне міжнародно-правове поле і найбільш виразно проявив себе у Європі, зокрема, при створенні різних європейських структур. Цей принцип став наріжним каменем Ради Європи з моменту утворення цієї організації у 1949 р. Так, ст. З Статуту Ради Європи проголошує, що кожний член цієї організації визнає принцип верховенства закону. Закріплюється принцип, що будь-яка особа, котра знаходиться під його юрисдикцією, повинна користуватися правами людини й основними свободами. Ст. 8 передбачає призупинення членства і навіть виключення з членів організації в разі серйозного порушення цього принципу.

4 листопада 1950 р. десять держав членів Ради Європи підписали Конвенцію про захист прав людини й основних свобод, яка набрала чинності З вересня І953 р. Ця Конвенція стала першим міжнародне правовим документом в галузі прав людини, який не тільки проголошував ці права й закликав до їх дотримання, але й накладав певні юридичні обов'язки на сторони й вводив розраховану на постійне застосування систему контролю за здісненням прав людини на терені держав членів. На протязі десятиріч Конвенція доповнювалась і змінювалася шляхом прийняття протоколів до неї, тим самим удосконалюючи механізм своєї дії. Зараз нараховується вже одинадцять протоколів і останній протокол як раз і є тим документом, який передбачає нововведення в правозахисній системі Ради Європи.

14 липня 1992 р. Україна подала заявку на вступ до Ради Європи. 31 жовтня 1995 р. Україна приєдналася до Ради Європи, отримавши дванадцять місць у Парламентській Асамблеї. Фактично, з прийняттям України в члени цієї організації їй на протязі певного часу (як правило, відводився один рік) треба було здійснити цілий ряд заходів, з одного боку, пов'язаних з реформуванням внутрішнього законодавства і державно-правових структур, з другого боку, пов'язаних з приєднанням до цілої низки європейських міжнародних пактів: зокрема, до Конвенції про запобігання тортурам, нелюдському та такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню, Конвенції про захист національних меншин, Конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, Конвенції про передачу засуджених осіб, Конвенції з питань відмивання,

пошуку, арешту та конфіскації доходів, одержаних злочинним шляхом, Хартії про місцеве самоврядування, Хартії про регіональні мови та мови національних меншин, Соціальної хартії, і, звичайно, до основного документу – Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (така назва конвенції затверджена Законом України «Про внесення змін до деяких законів України» № 3436-IV від 9 лютого 2006 рок)у. Як відомо, Україні не вдалося здійснити всі заходи у відведений для неї термін.

17 липня 1997 р Україна ратифікувала Європейську конвенцію з прав людини (попередня офіційна назва Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.), чим, зокрема, визнала обов'язковість юрисдикції Європейського Суду (заснований у 1959 році) в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування цієї Конвенції. Таким чином Україна продемонструвала всім, що вона, може й не так швидко, як хотілося би, але цілеспрямовано й неухильно, інтегрується в європейський правовий простір.

З прийняттям Закону України „Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини" від 23 лютого 2006 року**,** Україна передбачила такі важливі положення: ***„Стаття 2. Виконання Рішення.*** *1. Рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції…****Стаття 3. Фінансування витрат на виконання Рішення.*** *1. Виконання Рішення здійснюється за рахунок Державного бюджету України…****Стаття 5. Сповіщення про Рішення****. 1. Протягом трьох днів Орган представництва надсилає стислий виклад Рішення Стягувачеві, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, всім державним органам, посадовим особам та іншим суб'єктам, прямо причетним до справи, за якою постановлено Рішення, разом з копією оригінального тексту…****Стаття 8. Виплата відшкодування.*** *1. Виплата Стягувачеві відшкодування має бути здійснена у тримісячний строк з моменту набуття Рішенням статусу остаточного…****Стаття 17. Застосування судами Конвенції та практики Суду.*** *1. Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права.(!!!)"*

Таким чином, слід пам'ятати, що Європейський суд з прав людини не стає частиною національної судової системи – він залишається самостійним і незалежним міжнародним судовим органом, а національні суди не стають частиною міжнародної системи захисту прав людини. Під юрисдикцію Європейського суду з прав людини , по суті, підпадає лише юридична оцінка ним (Судом) виконання державами своїх зобов'язань по Конвенції і Протоколах до неї.

Аналіз судової практики Європейського Суду з прав людини, зокрема, по справах проти України дає підстави стверджувати, що Україна повноцінно ще не виконує позитивних та негативних зобов'язань, передбачених Конвенцією, особливо, що стосується статті 6 Конвенції – право на справедливий суд. Але Україна готова враховувати рекомендації Європейського суду з прав людини в з кожним новим рішенням, відшкодувавши справедливий розмір сатисфакції, вона намагається відкоригувати як законодавство так і фактичний стан справ.

ЗАКОНОДАВЧА ТЕХНІКА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Косович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Перетворення, що відбуваються в українському суспільстві на протязі останніх п'ятнадцяти років супроводжуються інтенсивним процесом творення великої кількості нормативно-правових актів. Якість сворюваної нормативно-правової бази у значній мірі залежить від існуючого рівня правотворчої техніки.

Питання правотворчої техніки активно досліджується у сучасній теорії права і держави. Однак в силу багатогранності правотворчої техніки видається за необхідне узагальнити існуючі наукові положення.

Правотворча техніка – один із видів юридичної техніки. Аналіз правотворчої техніки необхідно розпочати перш за все із з'ясування терміну „право", як першої концептуальної складової терміну „правотворча техніка", зокрема визначити про яке розуміння права йдеться – права як природніх можливостей людини, чи права як системи юридичних норм встановлених державою і закріплених у певних правових формах (наприклад, в Україні у формі законів та підзаконних нормативно-правових актів).

На відміну від законодавства, право є об'єктивним феноменом, виробленим історично у процесі загальнолюдського спілкування, пізнання і діяльності. Законодавство ж категорія суб'єктивна, створена уповноваженими на те службовими особами держави. Отож, творення законодавчих актів повинно здійснюватись відповідно до загальновизнаних принципів права; воно зовсім не зводиться лише до сутності законів, офіційно-інституційованому законодавцем законодавству, воно ширше діючого законодавства, оскільки існують фактичні суспільні відносини, що мають правову природу, незалежно від їх закріплення у законодавчих актах. Так, законодавче визначення розмірів мінімальної заробітньої плати, мінімальної пенсії за віком чи мінімального прожиткового мінімуму у більшій мірі залежить сьогодні від економічних можливостей держави, ніж від волі законодавця. Законодавство сучасної держави фактично виступає формою відображення існуючої системи суспільних відносин, а правотворча техніка засобом такого відображення. Саме тому, правотворчу техніку ми розглядаємо по суті як техніку створення правових актів, а рівень відображенння принципів природнього права у праві юридичному як один із прийомів правотворчої техніки, що забезпечує ефективність правового регулювання суспільних відносин.

Юридичне право у теоретичній літературі найчастіше розглядається як система загальнообов'язкових правил поведінки, що встановлюються і забезпечуються державою, правотворча техніка як система правил та прийомів стоврення правових норм. Якщо брати до уваги використовувані у континентальній правовій системі (зокрема і в Україні) форми та джерела права, то правотворча техніка повинна охоплювати правила створення нормативно-правових актів, нормативно-правових договорів, інтерпретаційно-правових і локальних правових актів.

© Косович В., 2008

Таке широке трактування правотворчої техніка видається недоцільним з ряду причин:

1. основною формою права в Україні є нормативно-правовий акт;
2. всі інші форми права мають своїм призначенням його тлумачення і конкретизацію (і в принципі не можуть йому суперечити);
3. охоплення великої кількості дещо різних видів правотворчої техніки не дозволить з'ясувати основні закономірності техніки творення норативно-правових актів;
4. техніка створення нормативно-правих (перш за все законодавчих) актів має бути визначальною і слугувати джерельною базою та орієнтиром для інших видів правотворчої техніки, що забезпечить логічність, послідовність, єдність різних видів правових актів та засобів правового регулювання. Вивчивши особливості законотворчої техніки, доцільно було розробити і документально оформити систему рекомендацій стосовно основних прийомів правотворчої техніки.

Таким чином правотворчу техніку необхідно розглядати як ситему прийомів та засобів, що використовуються при створенні нормативно-правових актів.

Наступним методологічним моментом дослідженння є з'ясування того який із термінів „*правотворча техніка*" чи „*законодавча техніка*" (у деяких наукових публікаціях вони використовуються як синоніми) є більш оптимальним. Для цього спробуємо ще дати визначення законодавчої техніки.

Складові та зміст законодавчої техніки необхідно розглядати у трьох аспектах:

1. за предметом (тобто при створенні яких різновидів нормативно-правових актів використовується правотворча техніка) – свого роду її матеріальна складова;
2. за обсягом (на яких стадіях формування нормативно-правових актів використовується правотворча техніка) – якби її процесуальна частина;
3. за системою прийомів (засобів) – інструментальна частина.

Термін „законодавство" у літературі найчастіше має два основні трактування:

перше – сукупність законів, друге – сукупність усіх нормативно-правових актів (законів і підзаконних нормативно-правових актів). Розуміння законодавства лише як системи законів видається неповним оскільки у такому випадку нівелюється важливі, інколи навіть конкуруючі із законами, підзаконні нормативно-правові акти. Так, при відсутності в Україні Закону „Про нормативно-правові акти" порядок офіційного оприлюднення і набрання чинності нормативно-правовими актами Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України визначається Указом Президента України „Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чиності". Правова система України пережила період, коли Декрети Кабінету Міністрів України використовувались як законодавчі акти для врегулювання певних видів суспільних відносин. Підхід до законодавства як до системи законів та підзаконних нормативно-правових актів видається більш правильним також у силу того, що таке розуміння утвердилось у правосвідомості українського суспільства, більшість законів не тільки конкретизуються, а й

доповнюються підзаконними актами, основні завдання правового регулювання здійснюються через галузі та інститути законодавства, у яких поєднуються закони і підзаконні нормативно-правові акти.

Однак виникає питання: якщо законодавча техніка стосується процесу формування усіх видів законів, то чи існують межі її використання при створенні підзаконних нормативно-правових актів? На нашу думку, якщо такі межі і існують, то вони носять суб'єктивний характер. Тобто зумовлюються рівнем професійної здатності розробників проектів та суб'єктів їх прийняття використовувати існуючі досягнення законодавчої техніки (наприклад, під час прийняття нормативних рішень органами місцевого самоврядування). Прийоми, засоби та правила законодавчої техніки повинні бути єдиними для всієї системи нормативно-правових актів.

Сфера застосування (обсяг) прийомів законодавчої техніки залежить від обраного підходу стосовно стадій законодавчої діяльності. Так, Нашиц А. ділить законодавчу техніку на законодавчу техніку у широкому розумінні (наука законотворчості, законодавча політика і законодавча техніка) і законодавчу техніку у вузькому розумінні (технічні засоби і прийоми побудови правових норм). Керимов Д.А. охоплює законодавчою технікою систему правил конструювання і систематизації законів. Тіхоміров Ю.А. вважає, що законодавча техніка проявляє себе на усіх стадіях життя закону. Без неї не обійтись у процесі розробки первинного законопроекту, обговорення проекту, оформлення і прийняття закону. Тлумачення закону і його реалізація також вимагають застосування прийомів законодавчої техніки. Зустрічається у літературі думка про те, що законодавча техніка також повинна охоплювати законодавчу процедуру.

На нашу думку законодавча техніка – система правил, що використовуються на основних стадіях законотворчості: при підготовці законопроекту, його прийнятті та оприлюдненні. Щодо використання законодавчої техніки у правотлумаченні, правосистематизації чи правореалізації, то тут скоріше йдеться про інші види юридичної техніки, які будучи пов'язані з правотворчою технікою мають свої суттєві особливості. Так, якщо використання у законодавчій нормі оціночного поняття, сприяє її деформалізації, універсальності та стабільності, то оціночні терміни у правоітерпретаційному тексті нівелюють основне завдання правотлумачення – максимально повне розуміння змісту юридичної норми.

Подальше дослідження законодавчої техніки пов'язане із з'ясуванням особливостей її засобів, прийомів та правил. З цього приводу у теорії права також чимало міркувань. Законодавча техніка охоплює шість груп правил (елементів), яких необхідно дотримуватись: пізнавально-юридичні, нормативно-структурні, логічні, мовні, документально-технічні, процедурні. За своїм змістом техніко-юричні засоби і прийоми поділяються на дві якісно різні групи: по-перше, засоби і прийоми юридичного виразу волі законодавця; по-друге, засоби і прийоми словесно-документального викладу змісту акта. Правотворча техніка складається із правотворчої термінології, правотворчих конструкцій, правотворчої стилістики, засобів організаційно-документального оформлення, особливих засобів правотворчої техніки. Кашаніна Т.В. виділяє дві групи правил – правила формування змісту нормативних актів і вимоги (правила) до їх внутрішньої форми.

Аналіз літератури показує, що потребує розмежування перелік елементів законодавчої техніки – правил, прийомів, засобів. Це напевно можна зробити лише після детального теоретичного дослідження.

Найбільш оптимальною для засвоєння питання законодавчої техніки видається класифікація її складових на дві групи. Перша – це система прийомів, правил та засобів, що слугують формуванню змісту правових норм, а саме: віповідность аксіологічним установкам суспільства, оптимальність, обгрунтованість, доцільність; логічність нормативно-правових актів; правові дефініції, юридичні конструкції, правові презумпції, принципи права, правові аксіоми, правові фікції тощо. Друга – це система прийомів, правил та засобів, що використовуються для створення текстуальної форми виразу правових норм, зокрема: структурні, мовні та ревізитні.

На основі наведених положень можна зробити висновок, що більш правильним, виходячи із предмету, сфери застосування, прийомів та засобів, що використовуються у процесі створення правових норм, є термін *законодавча техніка*.

Плюралізм стосовно предмету та сфери застосування, прийомів та засобів законодавчої техніки є причиною різних її визначень. Законодавча техніка – це система правил пізнавально-логічного і нормативно-структурного формування правового метеріалу і підготовки тексту закону; сукупність засобів і прийомів, що використовуються у відповідності до прийнятих правил при створенні і систематизації правових актів для забезпечення їх досконалості.

Виходячи з наведеного, можна зробити висновок: законодавча техніка – це система правил, прийомів, засобів, що повинні використовуватись у процесі підготовки, прийняття та оприлюднення законів і підзаконних нормативно-правових актів. Законодавчу техніку необхідно відрізняти від законодавчої процедури, наприклад, передбаченого Регламентом Верховної Ради України порядку прийняття законів України. Основна відмінність полягає у тому, що законодавча техніка пов’язана із змістом та формою нормативно-правового акта, а процедура послідовністю дій спрямованих на його створення. Хоча, знову ж таки вони взаємопов’язані.

Належне теоретичне дослідження законодавчої техніки є передумовою її практичного використання у правотворчій діяльності органів сучасної Української держави, що буде сприяти підвищенню ефективності правового регулювання суспільних відносин.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Левицька Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Формування дієвої системи джерел права є однією із основних тенденцій розвитку сучасної правової системи України. На дієвості цієї системи в значній мірі позначається становлення теорії системи джерел права. Адже відомо, що у вітчизняній юридичній літературі та практиці ще дотепер використовується поняття «система законодавства», а тому значна увага ще донедавна приділялася дослідженню саме цього поняття, а не поняття «системи джерел права».

Збільшення питомої ваги міжнародних договорів у національній правовій системі, більш широка витребуваність правових звичаїв ставить на порядок денний потребу у дослідженні такого поняття як система джерел права. І такий напрям дослідження нині є характерним не лише для України, але і для інших правових систем світу, які характеризуються урізноманітненням джерел права.

Поряд з цим, система джерел права як нормативна організація, що необхідна для забезпечення регулювання у будь-якому суспільстві характеризується і внутрішніми змінами: появою нових галузей та інститутів. Розуміючи систему джерел права як комплекс взаємопов'язаних та взаємоузгоджених приписів, які об'єктивуються у відповідних зовнішніх формах права, необхідно зазначити, що вона є поліструктурним утворенням. Нормативно-правові приписи групуються в інститути, підгалузі, галузі та інші системні утворення.

Важливе місце у системі займає нормативно-правовий інститут, який відображає, насамперед, її предметну структуру.

Нормативно-правовий інститут є комплексом взаємоузгоджених нормативно-правових приписів, що об'єднані спільним предметом регулювання. Водночас він є підсистемою відповідної галузі, хоча і має відносну самостійність у її межах. Для нормативно-правового інституту характерною є однорідність змісту, адже його призначенням є регулювання певного виду (типу) однорідних суспільних відносин, наприклад, купівлі-продажу, оренди та ін.

Нормативно-правовий інститут є тією структурною частиною системи джерел права, яка у значній мірі співпадає з інститутом права (структурною частиною системи права). Проте для нормативно-правового інституту характерними є певні особливості. Так, якщо інститут права має об'єктивний характер,, то на формування нормативно-правового інституту суттєво впливають зовнішні фактори, а тому він, у значній мірі, має суб'єктивний характер. Його різновиди є більш багатоманітними, так як критерії структуризації самої системи джерел права є значно різноманітнішими ніж у системі права.

За предметом правового регулювання можна виокремити конституційні нормативно-правові інститути (наприклад, інститут місцевого самоврядування), цивільні нормативно-правові інститути (інститут спадкування), трудові нормативно-правові інститути (наприклад, інститут трудового договору) та ін. Такі інститути співпадають з інститутами права.

© Левицька Н., 2008

За сферою поширення нормативно-правові інститути можна класифікувати на галузеві та міжгалузеві. Така класифікація співпадає із класифікацією інститутів права лише частково: у частині виокремлення галузевих інститутів (наприклад, договір постачання, референдум тощо). А види міжгалузевих інститутів (наприклад, інститут приватної власності, інститут екологічної відповідальності, інститут гласності та ін) свідчать про вихід за межі інститутів системи права, так як формуються із нормативно-правових приписів, що засновані на нормах різних інститутів та галузей права. І для системи джерел права, на відміну від системи права (із чіткою галузевою структурою), такий вихід за структурні межі інституту права є необхідним, адже вона має динамічну природу і повинна бути гнучкою та реагувати на потреби особи та суспільства.

За характером врегульованих суспільних відносин нормативно-правові інститути поділяються на матеріальні (наприклад, інститут підряду) та процесуальні (наприклад, інститут притягнення до кримінальної відповідальності). Процесуальні інститути за предметом можна поділити на: кримінально-процесуальні, цивільно-процесуальні, адміністративно-процесуальні тощо.

За обсягом нормативно-правових приписів інститути можна класифікувати як прості та складні. Прості нормативно-правові інститути містять лише приписи певного виду і додаткових системних утворень, наприклад, інститут необхідної оборони. Складні нормативно-правові інститути містять декілька системних утворень, наприклад, інститут власності, складається із різних частин у вигляді відповідних форм власності. У літературі висловлюється міркування, що складні інститути містять субінститути (сукупність нормативно-правових приписів, що відображає певну специфіку регулювання видових суспільних відносин). Наприклад, інститут покарання неповнолітніх у межах інституту покарань у кримінальному праві, інститут відводу судді у межах інституту відводів у процесуальному праві.

За функціями у правовому регулюванні нормативно-правові інститути, поділяються на регулятивні (наприклад, робочий час) та охоронні (наприклад, дисциплінарна відповідальність). У юридичній літературі пропонують виокремлювати і загальні та спеціальні нормативно-правові інститути, беручи за основу структуру кодифікованих нормативно-правових актів. Так, інститут співучасті відносять до загальних, а інститут кримінальної відповідальності за розбій до спеціальних.

Звичайно, можна було б виокремлювати і нормативно-правові інститути за формою їх зовнішнього виразу, зокрема, інститути (сукупність нормативно-правових приписів), що зафіксовані у нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах, нормативно-правових прецедентах, правових звичаях. Так, інститути купівлі-продажу дарування закріплені у Кодексі; інститут громадянства України – у законі (тобто, нормативно-правовому акті); інститут захисту прав та свобод особи у міжнародному договорі (Конвенція 1950 р.); інститут преюдиційної судової процедури ЄС – у рішеннях Суду ЄС; правила ділового обороту (у правових звичаях).

При цьому, нормативно-правові інститути можуть бути зафіксовані у декількох структурних підрозділах відповідного джерела права, в одному підрозділі, в одному джерелі права чи декількох. Разом з цим, вони зберігають

свою природу – бути основною структурною частиною, яка утворюється із відповідної сукупності нормативно-правових приписів і є підсистемою галузевої структури. А це є основою юридичної єдності нормативно-правових приписів, що заснована на єдності змісту та форми виразу.

Така єдність забезпечується як принципами нормативно-правового інституту, так і галузевими принципами, а також принципами права в цілому.

Тому при формуванні відповідного нормативно-правового інституту важливим є визначення основних принципів такого інституту. Це дозволяє чітко визначити місце нормативно-правового інституту у галузевій структурі чи структурі системи джерел права загалом. Крім цього, принципи нормативно-правового інституту можна використовувати як правові засоби при врегулюванні суспільних відносин, якщо відсутні нормативно-правові приписи, що регулюють конкретну життєву ситуацію. Це дозволило б не лише вдосконалити систему джерел права, а й впорядкувати низку питань щодо використання нормативно-правової аналогії, а відтак – підвищити ефективність правозастосування.

ПРАВОВА АНАЛОГІЯ

Луць Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Створюючи систему джерел права, правотворці розраховують не лише на самостійне здійснення прав та добровільне виконання обов'язків суб'єктами права, а й на індивідуалізацію нормативно-правових приписів компетентними суб'єктами, якщо є необхідність у створенні передумов для їх реалізації. Правозастосування здійснюється при умові, що є потреба у визнанні обставин юридично значущими, існують перешкоди у реалізації суб'єктивного права, виникає спір між суб'єктами щодо прав та обов'язків, необхідно встановити міру юридичної відповідальності тощо. Але у процесі правозастосування зустрічаються випадки, коли нормативно-правова регламентація конкретної життєвої ситуації відсутня.

Це зумовлюється станом розвитку суспільних відносин та відставанням від нього темпів правотворення, а також тими чи іншими недоліками правотворення (зокрема, правотворчої техніки). Часткова відсутність нормативно-правової регламентації називається нормативно-правовою прогалиною.

Проблемам правової прогальності та способам її подолання в тій чи іншій мірі, але стабільно приділялась увага у вітчизняній та зарубіжній літературі, зокрема у працях С.С. Алєксєєва, В.К. Забігайла, В.В. Лазарєва, П.О. Недбайла та ін. Проте низка питань вирішується і дотепер неоднозначно. Необхідно зазначити, що за будь-яких умов відсутність нормативно-правової регламентації визнається прогалиною. Умовами прогальності є: відсутність конкретного нормативно-правового припису; неврегульованість суспільних відносин у межах правового регулювання; подолання нормативно-правових прогалин не забороняється чинною системою законодавства.

Нормативно-правові прогалини можуть бути різноманітними. Їх можна класифікувати за різними критеріями: за часом виникнення (первинні – виникають у процесі правотворення; вторинні – виникають у процесі розвитку суспільних відносин, після набрання чинності джерелом права); за галузевою належністю (цивільно-правові; конституційно-правові та ін.); за зовнішньою формою права (такі, що містяться у нормативно-правових договорах; у нормативно-правових актах); за причинами виникнення (об'єктивні – зумовлені станом розвитку суспільних відносин; суб'єктивні – зумовлені недоліками правотворчої техніки зокрема, та правотворення в цілому). І цей перелік не є вичерпним.

Звичайно, що у будь-якому суспільстві система джерел права формується так, щоб максимально уникнути нормативно-правових прогалин.

Проте, це не завжди залежить лише від суб'єкта правотворення, а тому витребуваними мають бути не лише засоби запобігання нормативно-правовим прогалинам, а й засоби подолання. Такими є нові чи змінені нормативно-правові приписи (джерела права) або нормативно-правова аналогія. При цьому, нормативно-правовий припис дозволяє усунути прогалину взагалі, тоді як нормативно-правова аналогія – перебороти.

© Луць Л., 2008

Найбільш поширеною у правозастосуванні є галузева нормативно-правова аналогія. Це такий засіб подолання прогалини, який дозволяє при вирішенні конкретної юридичної справи застосовувати галузеві нормативно-правові приписи, що регулюють подібні суспільні відносини, або галузеві принципи права.

Галузева нормативно-правова аналогія повинна відповідати наступним вимогам. По-перше, нормативно-правова аналогія допускається лише за часткової відсутності нормативно-правових приписів. По-друге, обставини у конкретній справі та обставини, передбачені аналогічним нормативно-правовим приписом мають бути подібними за суттєвими ознаками. По-третє, аналогія не допускається у випадках прямо передбачених законом (наприклад, у процесуальних галузях, а також при застосуванні кримінальної, адміністративної, дисциплінарної відповідальності, або якщо настання юридичних наслідків пов'язане з наявністю конкретного нормативно-правового припису. По-четверту, галузева аналогія допускає звернення, насамперед, до подібного нормативно-правового припису певної галузі, а в разі його відсутності – до галузевого принципу права (наприклад, щодо відносин, заснованих на гральному ризику, можуть застосовуватися нормативно-правові приписи правил роздрібної торгівлі щодо виявлених недоліків речі). По-п'яте, створений при застосуванні аналогії індивідуальний припис не має суперечити чинній системі джерел права. По-шосте, винятки із загальних правил допускаються лише за умови, що обставини конкретної справи є також винятковими.

Аналізуючи ст. 8 Цивільного кодексу України, яка передбачає застосування галузевої нормативно-правової аналогії, необхідно звернути увагу на те, що фактично допускається лише галузева аналогія закону (у межах актів цивільного законодавства, а саме: згідно ст. 4 ЦК України законів та підзаконних нормативно-правових актів). Ця ж стаття передбачає можливість застосування аналогії у межах галузевих принципів (згідно ст. 2 ЦК України – загальних засад цивільного законодавства). Щоправда, не зовсім зрозумілим є те, чому законодавець загальні засади цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України) називає аналогією права. Видається, що у даному випадку має місце подолання прогалини за допомогою принципів цивільного законодавства, а отже нормативно-правова аналогія.

Значно розширює можливості нормативно-правової аналогії субсидіарна аналогія, яка дозволяє вирішити конкретну юридичну справу зі відсутності галузевого нормативно-правового припису чи принципу права, на підставі нормативно-правового припису чи принципу іншої галузі.

При цьому субсидіарна аналогія має відповідати наступним вимогам. По-перше, вона застосовується при відсутності галузевого нормативно-правового припису чи принципу права. По-друге, субсидіарна аналогія не забороняється діючою системою джерел права. По-третє, допускається використання нормативно-правового припису чи принципу іншої галузі права. По-четверте, обставини конкретної справи та обставини, передбачені нормативно-правовим приписом чи принципом іншої галузі права мають бути подібними. По-п'яте, створений індивідуальний припис не повинен суперечити чинній системі джерел права.

Водночас, нормативно-правові прогалини слід відрізняти від правового вакууму – повної відсутності нормативно-правової регламентації суспільних відносин, які можуть бути врегульовані правом та потребують такої

регламентації. Правовий вакуум виникає у період прискореного розвитку суспільних відносин, що спричиняє суттєве відставання темпів правотворення. Він виникає і завдяки суб'єктивним факторам: відсутності планування та прогнозування правотворення у суспільстві; лобіювання «потрібного» голосування; скасування нормативно-правових актів, коли нові ще не створенні і нездатності чинних приписів розв'язати конкретну ситуацію. Найбільш ефективним засобом заповнення правового вакууму є нове джерело права. Але інколи потреба у заповненні правового вакууму є нагальною і потребує швидкої реакції суб'єктів правозастосування на конкретну життєву ситуацію. Тоді застосовується аналогія права, при якій розв'язання конкретної юридичної справи здійснюється на підставі загальних принципів права або нових нормативно-правових приписів чи принципів права, створених у процесі правозастосування.

При цьому, аналогія права має відповідати таким вимогам. По-перше, аналогія права може застосовуватися лише тоді, коли є повна відсутність нормативно-правових приписів чи принципів права у межах правового регулювання. По-друге, існує можливість та потреба у нормативно-правовій регламентації. По-третє, аналогія права не забороняється чинною системою джерел права. По-четверте, для вирішення конкретної юридичної справи застосовуються загальні принципи права. По-п'яте, для вирішення конкретної юридичної справи можуть використовуватися створені у процесі правозастосування нові нормативно-правові приписи або принципи права.

Прикладом застосування аналогії права можуть бути рішення Суду Європейського Союзу по справі № 106/77 від 9 березня 1978 р. (фінансова адміністрація Італії проти компанії «Сімменталь СПА»), яким встановлено принцип верховенства права ЄС. Цей загальний принцип є одним із принципів права Європейського Союзу, але посилання при його застосуванні завжди подається на вказане рішення Суду ЄС (як на джерело права).

У зв'язку з цим, необхідно зазначити, що при повній відсутності нормативно-правової регламентації виникає підстава для створення нормативно-правового прецедента завдяки якому заповнюється правовий вакуум. Водночас такий прецедент є джерелом права, що має загальнообов'язковий характер. А тому суб'єкти, як його створюють повинні мати правотворчі повноваження. Зокрема, це стосується вищих судових органів, у будь-якому суспільстві, за якими мають визнаватися правотворчі функції.

Водночас, створення нормативно-правових прецедентів у тій чи іншій правовій системі надає їй гнучкості та розформалізованості.

СФЕРИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ УНІФІКАЦІЇ В УКРАЇНІ

Монастирський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Активна участь України в європейських процесах супроводжується суттєвими змінами у національній системі джерел права. Ці зміни формуються завдяки таким способам правової інтеграції як гармонізація та уніфікація. І якщо гармонізація спрямована на узгодженість різноманітних джерел права у межах національної системи, то уніфікація – на уподібнення правового регулювання. Особливе значення у сучасних умовах набуває такий різновид уніфікації як нормативно-правова. Нормативно-правова уніфікація спрямована на встановлення уподібнених нормативно-правових приписів, або введення таких у відповідну систему джерел права. Це дозволяє уникнути різноманітних колізій або конкуренцій нормативно-правових приписів, що знижують ефективність самої системи. Нормативно-правова уніфікація здійснюється як на міжнародному, так і національному рівнях. Міжнародно-правова уніфікація є універсальною та регіональною.

Національна нормативно-правова уніфікація здійснюється, насамперед, у формі кодифікації. За характером регулювання нормативно-правова уніфікація може бути матеріальною та процесуальною.

До основних засобів нормативно-правової уніфікації, у юридичній літературі, відносять міжнародні договори, модельні акти, рішення відповідних органів, міжнародних організацій, рішення судових органів, типові правила, кодифіковані акти тощо.

Застосування конкретного виду та засобів уніфікації залежить від сфери правового регулювання кола учасників правових відносин, рівня узагальнення нормативно-правових приписів. Деякі питання нормативно-правової уніфікації розглядалися у вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі, зокрема у працях Бахіна С., Луць Л., Тіхомірова Ю., Горшкової С., Денисова В., Евінтова В. та ін. Проте малодослідженим і дотепер залишається питання щодо сфер та меж застосування нормативно-правової уніфікації. І особливо актуальною є ця проблематика для сучасної України.

Так, входження України до Ради Європи, супроводжувалося ратифікацією значної кількості конвенцій та інших міжнародних договорів у галузі захисту прав людини, охорони навколишнього середовища, забезпечення розвитку місцевого самоврядування, тощо. Процес ратифікації відбувається і дотепер. Для забезпечення безколізійності при застосуванні конвенційних норм достатнім є застосування засобів гармонізації. Так як Рада Європи є міждержавною організацією, що забезпечує міжнародне співробітництво, то завдання по забезпеченню дії конвенційних норм покладається на державу-учасницю. Реалізація конвенцій та інших джерел права цієї організації не потребує уніфікації цих нормативно-правових приписів для України. Але, разом з тим, згідно ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на

© Монастирський О., 2008

обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства. Отже ратифіковані Верховною Радою України конвенції Ради Європи діють в Україні як і національні джерела права. А нормативно-правові акти України мають бути такими, що відповідають конвенційним нормам. Таким чином, відбувається уподібнення нормативно-правових приписів. Уніфікація відбувається і при застосуванні рішень Європейського Суду з прав людини, так як судова практика України узгоджується із правовими стандартами, зафіксованими у цих рішеннях. Це стосується і джерел права інших міждержавних організацій. Наприклад, в сфері міжнародних перевезень Україна є учасником Митної конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) 1978 року, Конвенції про Договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів 1956 року, Європейської угоди про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів 1957 року.

В сфері міжнародних поставок товарів Україною ратифіковані Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 року, Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року. Також суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності України застосовуються правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати (Інкотермс-2000). Це дозволяє уподібнити правове регулювання у названих сферах.

Дещо інша процедура адаптації джерел права України та Європейського Союзу. Для правової системи України, яка перебуває на стадії попередньої адаптації до правової системи Євросоюзу, важливою умовою є нормативно-правова гармонізація. Проте, вже входження України до Європейського Союзу потребуватиме уніфікації нормативно-правових приписів у межах джерел права Євросоюзу. Тому гармонізація забезпечує умови, за яких Україна зможе уникнути суттєвих колізій з правом ЄС.

На даний час уподібнене правове регулювання здійснюється у галузі захисту прав людини, митного права, міжнародних розрахунків, легалізації документів, правової допомоги у цивільних та кримінальних справах. Сферами уподібненого правового регулювання є галузі господарського, цивільного, митного, банківського права. При цьому, уніфікованими є лише окремі правові інститути зазначених галузей, що обумовлено міжнародним співробітництвом та зовнішніми зобов'язаннями України і потребами економічної інтеграції.

Стосовно уніфікаційних процесів у межах національної системи джерел права, то в України кодифіковано кримінальне, кримінально-процесуальне, цивільно-процесуальне, адміністративно-процесуальне, господарсько-процесуальне, цивільне, сімейне, господарське, трудове, земельне, природоресурсне законодавство. Кодифікація права – це найбільш складна та досконала форма систематизації права, в результаті якої виникає уподібнене правове регулювання. В процесі кодифікації, яка є тривалою та кропіткою діяльністю, відбувається перегляд великої кількості нормативно-правових приписів, проводиться їх ревізія, усунення розбіжностей та суперечностей, зведення опрацьованих та новостворених норм права в єдиний акт – кодекс. Проте в Україні доволі часто поспішно проводиться кодифікація, що викликається потребою вчасного виконання Україною своїх зобов'язань перед Радою Європи. А результатом є недостатньо охоплені правовим регулюванням

відповідні питання конкретної галузі права. І наслідком є приймання додаткових нормативно-правових актів, що регулюють правові відносини у відповідній сфері поряд із кодексами, та внесення змін до кодифікованих актів.

В останні роки, зросла необхідність в кодифікації податкового та адміністративного права. Уніфікація цих галузей права дозволить значно удосконалити діяльність державних органів, а також створити єдині гарантії дотримання та реалізації прав фізичних та юридичних осіб, оскільки велика кількість підзаконних нормативно-правових актів, що регулює ці суспільні відносини, породжує юридичні колізії.

Все це дозволяє зробити висновок, що нормативно-правова уніфікація повинна застосовуватися лише в тих сферах, де регулювання іншими способами не приносить бажаних результатів. А також там, де Україна має зовнішні зобов'язання, у межах яких передбачається нормативно-правова уніфікація, наприклад, економічні інтеграційні процеси. Загальним критерієм доцільності уніфікації може бути складність відносин та велика кількість учасників таких відносин, що ж до сфер поширення нормативно-правової уніфікації на міжнародному рівні, то вони визначаються завданнями міжнародних організацій, а спільні сфери міжнародно-правової та національної інтеграції – завданнями міждержавної організації та зовнішніми зобов'язаннями держав-учасниць. У межах національної правової системи нормативно-правова уніфікація в основному досягається завдяки систематизації. В Україні це такий її спосіб як кодифікація. Звичайно, важливими є і питання щодо встановлення меж, які окреслюють сфери нормативно-правової уніфікації, а також щодо тенденцій її використання, зокрема в Україні.

СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Онишко Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Глобалізаційні процеси, які характерні для сучасного етапу розвитку людства викликають суттєві зміни у різних сферах суспільного життя, зокрема і у правовій. Не стоїть осторонь цих процесів і Україна, правова система якої трансформується під їх впливом. Такі зміни притаманні і зовнішнім формам права, а саме: спостерігається їх суттєве урізноманітнення та розформалізація.

Сучасними джерелами права в Україні є нормативно-правові акти, нормативно-правові договори, правові звичаї. Основним джерелом права України визнаються нормативно-правові акти, які за юридичною силою поділяються на закони та підзаконні акти. В ієрархії законів, найвищу юридичну силу має Конституція, положення якої конкретизуються через галузеве законодавство. Водночас, норми Конституції є нормами прямої дії (ст. 8 Конституції України) і можуть бути реалізованими безпосередньо.

Серед нормативно-правових актів значну питому вагу займають підзаконні акти, які приймаються з метою конкретизації законодавчих приписів. І хоча за останнє десятиліття значно зросла кількість законів України, проте зросла і кількість підзаконних нормативно-правових актів. А значна питома вага підзаконних актів у системі нормативно-правових актів, як відомо, є загрозливою для верховенства та авторитетності закону, може порушити внутрішню організацію такої системи.

Для ефективного ж функціонування такої системи важливим є забезпечення узгодженості нормативно-правових актів у межах системи та стабільності їх дії. Цьому сприяє зокрема кодифікація, яка дозволяє створити уніфіковану та зручну для користування систему нормативно-правових приписів. Сьогодні в Україні прийнято нові Цивільний, Сімейний, Кримінальний кодекси, Кодекс адміністративного судочинства та ін.

У передбачених законодавством України випадках, джерелом права є також правовий звичай. Так, ст. 7 Цивільного кодексу України передбачає можливість застосування для регулювання цивільних відносин такого джерела права як звичай (це стосується, зокрема, звичаю ділового обороту). І хоча правовий звичай є менш витребуваний ніж нормативно-правовий акт, його використання додає гнучкості системі джерел права.

Таку гнучкість могли б забезпечувати і прецедентні рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду України, питання про визнання яких джерелами права обговорюється у юридичній літературі.

Зростає в Україні і частка таких джерел права як нормативно-правові договори, особливо міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Саме такі договори визнані ст. 9 Конституції України частиною національного законодавства. Проте, поняття «система законодавства» виявилося занадто вузьким для такого кола джерел права, що породило низку колізій у юридичній практиці.

© Онишко Є., 2008

Наприклад, у рішенні Конституційного Суду України № 17/81-97, № 1-1/98 від 9.07.1998 р. до системи законодавства України віднесено: закони України, міжнародна договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, постанови Верховної Ради України, Укази Президента України, декрети та постанови Кабінету Міністрів України. Це рішення дозволило включити до системи законодавства джерела права, що є різними за юридичною природою з порушенням як координаційних так і субординаційних зв'язків.

Ці та інші причини зумовлюють потребу більш глибокого аналізу поняття «система джерел права», виявлення особливостей національної системи джерел права та нових властивостей, які з'явилися в контексті європейської правової інтеграції.

Система джерел права є певним комплексом взаємоузгоджених нормативно-правових приписів, які групуються у нормативно-правові інститути, підгалузі, галузі та інші системні утворення, що складають її внутрішню будову (структуру). Зовнішня модель системи джерел права виявляється через зовнішні форми права, в яких фіксуються нормативно-правові приписи. Таким чином, утворюється нормативно-правова організація необхідна для забезпечення правового регулювання.

Отже, первинним елементом системи джерел права є нормативно-правовий припис, а структурними частинами нормативно-правовий інститут, міжгалузевий інститут, підгалузь, галузь, комплексна галузь та ін. Критеріями утворення цих структурних частин є предмет та метод правового регулювання.

Поряд з цим, критеріями угрупування нормативно-правових приписів у межах системи джерел права можуть бути суб'єкти правотворення, юридична сила, зовнішні форми права та ін.

У межах системи джерел права можна виокремити певні підсистеми: нормативно-актну, договірну, прецедентну, звичаєву. Нормативно-актна підсистема включає систему законодавства.

Виокремлення підсистем у межах системи джерел права є важливим для України, так як дозволяє встановити зв'язки координації між такими підсистемами як нормативно-актна та нормативно-договірна, а також зв'язки субординації у межах кожної з них. Зокрема, це стосується системи нормативно-правових актів, де важливими залишаються питання стосовно не лише субординаційних зв'язків, а й координаційних, що дозволить визначити їх доцільну частку у системі та сфери їх дії.

Необхідно зважати і на те, що на даний час система джерел права України зазнає суттєвої трансформації під впливом європейських правових стандартів. При цьому змінюється не лише зміст нормативно-правових приписів, а й зовнішні форми та внутрішня будова системи джерел права. Так, аналізуючи розділ ІІ Конституції України можна зазначити, що він відповідає європейським правовим стандартам у сфері захисту прав та свобод людини, а також відображає кращі європейські правові здобутки.

Разом з тим, необхідно звернути увагу і на те, що під впливом таких правових вимог змінюється і питома вага відповідних джерел права у системі джерел права України. Зокрема, зростає не лише частка законів у системі нормативно-правових актів, а й частина міжнародних договорів України у

системі джерел права. Це може спричинити конкуренцію міжнародних договорів та законів. І така тенденція вже є характерною для системи джерел права України.

Можливим у майбутньому є і визнання рішень Конституційного Суду України та Верховного Суду України джерелами права. А це викличе необхідність визначення їх місця у системі джерел права України.

Отже, належного наукового дослідження у межах такого наукового напряму як «Система джерел права України» потребує ціла низка проблем. Аналіз цих проблем дозволить не лише виявити різноманітні деформації, колізії у такій системі, а й запропонувати форми та способи створення ефективної чинної системи джерел права України.

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Стецик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтеграційні процеси, що охопили європейський континент викликали суттєві зміни у різних соціальних сферах, зокрема, у правовій. Так, у правових системах загального права інтенсивно розвивається законодавство, змінюється роль прецедентного права. В той же час, у континентальному праві зростає частка прецедентних рішень, що є джерелами права і які конкурують із нормативно-правовими актами. А відтак, змінюється роль судового правотворення, змінюється традиційне бачення судової діяльності лише як виду правозастосування.

Не стоїть осторонь цих процесів і Україна. У вітчизняній юридичній літературі, зокрема, ведуться дискусії стосовно наявності нормотворчих функцій у вищих судових органів України. Проте ця проблема потребує більш глибокого наукового дослідження.

Ті чи інші проблеми судової правотворчості були об'єктом дослідження і обговорювалися у працях С. Алєксєєва, Л. Зівса, В. Туманова, М. Вітрука, І. Богдановської, Р. Кросса, Р. Давіда, М. Марченка, А. Саїдова, С. Шевчука та ін.

Проте, низка загальнотеоретичних аспектів залишилася малодослідженою, зокрема, щодо технології судового правотворення.

Судова правотворчісь є різновидом правотворчої діяльності держави, а отже і й притаманні загальні ознаки, що характеризують правотворчість: спрямованість на створення нормативно-правових приписів чи принципів права; здійснення цієї діяльності правотворчим суб'єктом; визнання її різновидом юридично значущої діяльності; визнання її процесуальною діяльністю відповідного органу держави; визнання її процедурою, що складається із певних стадій; наявність результатів цієї діяльності що фіксуються у відповідній юридичній зовнішній формі права.

Разом з тим, ця діяльність має низку специфічних ознак. При цьому, необхідно зазначити, що природа судової правотворчості, у значній мірі, пов'язана з найбільш поширеним типом праворозуміння у даному суспільстві.

Так, представники природного права, в цілому, не визнають судове правотворення. Вони вважають, що через судові рішення здійснюється лише вираз ідей природнього права. На їх думку, судові рішення не містять норм права, а лише виявляють назовні ідеї та принципи природнього права, яке за своєю природою є об'єктивним.

Натомість представником правового позитивізму визнають судову правотворчість. На їх думку, суди є органами державної влади, що наділені відповідними повноваженнями. Так, згідно позицій представників аналітичної юриспруденції судді не повинні оцінювати морально-політичні аспекти справи, вони мають дотримуватися формальних підстав, а представники соціологічної юриспруденції в якості критеріїв прецедентного права називають морально-політичну свідомість судді.

© Стецик Н., 2008

Якщо проаналізувати судову правотворчість у правових системах загального та континентального права, то можна виявити, що у загальному праві такий вид правотворення базується на соціологічній юриспруденції, а в континентальному праві в основі судової правотворчості, насамперед, закладені принципи аналітичної юриспруденції. Для правових систем континентального права принцип зв'язаності судовим прецедентом не вважається обов'язковим, так як у цих системах лише стійка судова практика визнається аналогією.

Звичайно, коли мова йде про судову правотворчість, у континентальному праві – це діяльність органів конституційного правосуддя, а також вищих судових інстанцій у системі загальної юрисдикції. У правових системах загального права функцію судового правотворення здійснюють лише вищі судові інстанції.

Якщо проектувати проблеми судової правотворчості на правову систему України, то нормотворчими повноваженнями на даному етапі можуть бути наділені лише Конституційний Суд України та Верховний Суд України. Коли практика створення рішень прецедентного характеру буде сталою для судової системи України, можливим буде і розширення правотворчих повноважень щодо інших вищих судових інстанцій.

Важливо зазначити, що моделі судової правотворчості визначаються: специфікою правових систем та мають конкретний прояв у кожній із них.

Отже, судову правотворчість можна визначити як особливий вид діяльності вищих органів судової влади, що спрямована на створення, зміну чи припинення принципів та норм права.

Специфічними ознаками судової правотворчості є те, що цей процес відбувається паралельно із процесом правозастосування, оскільки здійснюється така діяльність суб'єктом правозастосування (частково уповноваженим на правотворення). Ця діяльність спрямована, насамперед, на створення нової норми чи принципу права, які об'єктивуються в акті застосування права (рішенні суду). Необхідно зауважити, що потреба у такого виду діяльності виникає при відсутності нормативно-правової регламентації. У низці випадків судова правотворчість спрямована на зміну чи припин6ння норм права і це відбувається тому, що виникає потреба змінити чи припинити дію правових регуляторів, які не в стані врегулювати ті чи інші соціальні ситуації. Специфічними є і результати такої діяльності судові прецеденти, що містять норму чи принцип права, які поширюють свою дію щодо суб'єктів та відносин лише в аналогічній справі.

Проте не всі судові прецеденти стають джерелом права. Як правило, судовими нормативно-правовими прецедентами є лише ті, що містять нову норму чи принцип права. Таке розуміння дозволяє виокремлювати прецеденти первинні та вторинні. Первинні – це прецеденти, що містять нову норму чи принцип права, а вторинні – це ті, що доповнюють діючі нормативно-правові приписи, розширюють їх зміст.

Та й саму судову правотворчість можна класифікувати на первинну, яка спрямована на створення нових норм та принципів права, та вторинну – ту що здійснюється у межах чинних нормативно-правових приписів і спрямована не лише на їх конкретизацію, а й на зміну чи припинення останніх.

Судова правотворчість здійснюється на різних рівнях, а тому можна виокремити міжнародну та національну правотворчу діяльність судових органів. І діяльність кожної із них буде мати специфічні властивості, які обумовлені завданнями відповідних суб'єктів правотворення. Особливими будуть і правила, засоби та прийоми судової правотворчості. Процедурна діяльність суб'єктів судового правотворення має бути чітко регламентована у межах відповідної правової системи, що дозволить створювати ефективні судові нормативно-правові прецеденти. Це також дозволить уникнути підміни понять «судовий нормативно-правовий прецедент» та «судова практика», а також «нормативно-правовий прецедент», «правотлумачний прецедент», «правозастосувальний прецедент».

Поряд з тим, особливості технології судової правотворчості не є достатньо дослідженими у юридичній науці. А найменш дослідженими видаються ці проблеми у межах загальної теорії права.

КУЛЬТУРНІ ПРАВА ЛЮДИНИ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРАВОСЛАВНОЇ РЕЛІГІЇ

Цебенко С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Культурні (гуманітарні) права людини – це можливості збереження і розвитку національної самобутності, рідної мови, доступу до духовних здобутків людства, їх засвоєння, використання, а також участі у їх подальшому розвитку. До цих прав відносять такі права людини як право на виховання; право на користування надбаннями культури і мистецтва; право на наукову, технічну і художню творчість; авторські права. В Україні культурні права складають групу конституційних прав і свобод та регулюються статтями 53 і 54 Конституції України, в яких закріплено право на освіту та свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, право на результати своєї інтелектуальної і творчої діяльності.

Загальновизнані правові основи змісту й порядку реалізації культурних прав містяться в Загальній декларації прав людини 1948 р., в Міжнародному пакті про соціальні, економічні і культурні права 1966 р., в Конвенції про права дитини, в Конвенції про захист прав людини та основних свобод, інших документах.

2. Якщо говорити про православну релігію, зокрема Російську Православну Церкву (далі – РПЦ), то є ряд документів, які в більшій чи меншій мірі торкаються питань щодо культурних прав людини. Зокрема це “Основи соціальної концепції Російської Православної Церкви” (далі – “Основи…РПЦ”), в яких міститься спеціальний розділ “Світська наука, культура, освіта”; спільне комюніке зустрічі експертів РПЦ і Комісії “Церква і суспільство” Конференції Європейських Церков «Права людини і Церкви» від 21.03.2007 р.; Резолюція “Про викладання основ православної культури в школі” та інші.

3. Православна церква підкреслює неподільність прав людини, важливість громадянських і політичних, соціальних, економічних і культурних прав. Вона стверджує, що базові стандарти прав людини повинні застосовуватись до всіх релігійних общин, які прагнуть практикувати свою релігію і що необхідно спонукати общини більшості і меншості жити у взаємній повазі і підтримувати один одного на шляху побудови справедливого, мирного і стабільного суспільства.

Митрополит РПЦ Кирил стверджує, що універсальними цінностями визнаються права людини. З самого початку права людини підкреслено формувались як світська цінність, яка могла б бути зрозуміла і прийнята усіма людьми, незалежно від світоглядної позиції. Православна традиція не ставить під сумнів те, що мовою прав людини повинна залишатися світська мова. Але на корпус прав людини і їх реалізацію релігійні світогляди мають повне право впливати так само, як і будь-який інший світогляд. Під корпусом прав людини розуміється набір конкретних прав і свобод. Корпус прав людини не повинен мати догматичного характеру. Права людини дають можливості, але їх використання залежить від світоглядної позиції відносно того, що є “добре”, а що є “погане”.

© Цебенко С., 2008

Православна церква стверджує про необхідність співвідношення прав людини з підтриманням традиційних моральних цінностей у суспільстві.

Цінності, яких притримується народ складає собою духовно-культурний код, який спрямовує напрям життя окремої людини і всього суспільства. Основою цього коду, – як стверджує митрополит Кирил, – є релігійна традиція – для більшості населення Росії – це є Православ'я, а для частини громадян – це інші традиційні релігії. Цей код неможливо знищити, оскільки він являє собою сукупність істин, які сформувались під впливом релігійної традиції і пройшли перевірку на досвіді народного життя. В мирний час ці цінності допомагали відбудовувати суспільне життя, а в моменти воєнних випробувань – долати труднощі і небезпеки. Крім того, реформи в країні не повинні посягати на цей культурний код. Це означає те, що при проведенні модернізації країни потрібно шукати ціннісні засади у власній духовно-культурній традиції. Зокрема, в культурному коді Росії є традиція утвердження пріоритету духовних цінностей над матеріальними.

Держава і суспільство повинні бути зацікавлені в підтримці цінностей, які сприяють суспільному розвитку. Для цього необхідно витрачати національні кошти на підтримку духовної сфери країни, але не просто утримувати і відкривати храми, школи, університети, музеї, театри, виставки, концертні зали і культурні центри, а й підвищувати престиж культурного життя і пропагувати духовний розвиток людини.

В центрі духовно-культурної традиції як головна опора є духовність, культура і мова народу в творчому взаємозв'язку з духовно-культурними традиціями інших народів країни.

4. В "Основах…РПЦ" передбачено, що сферами співробітництва церкви і держави в теперішній історичний період є, зокрема, наука, включаючи гуманітарні дослідження. Необхідно звернути увагу і на таке положення "Основ…РПЦ": "…суспільні науки, в силу свого характеру неминуче пов'язані зі сферами богослов'я, церковної історії, канонічного права… Ніяка соціальна система не може бути названа гармонійною, якщо в ній існує монополія секуляризованого світорозуміння при винесенні суспільно значущих суджень".

Православна церква визнає за кожною людиною право на моральну оцінку явищ культури. Однак, якщо творчість сприяє моральній і духовній зміні особистості, то церква благословляє її, але якщо культура протиставить себе Богу, стає антирелігійною чи антилюдською, перетворюється в антикультуру, то церква протистоїть їй.

Варто наголосити на тому, що християнська традиція непохитно поважає світську освіту. Однак, "з православної точки зору бажано, щоб уся система освіти була побудована на релігійних началах і основана на християнських цінностях. Церква… поважає світську школу і готова будувати свої взаємовідносини з нею виходячи із визнання свободи людини. При цьому православна церква вважає недопустимим нав'язування учням антирелігійних та антихристиянських ідей, утвердження монополії матеріалістичного погляду на світ".

Православна церква вважає, що люди мають право у власній країні вивчати основи своєї духовної і культурної традиції. Таке ж право мають і представники інших релігій.

Тому, на XI Всесвітньому Російському Народному Соборі було піднято питання про необхідність закріплення і розширення практики викладання Основ православної культури в російських установах середньої освіти. В своїй Резолюції Собор стверджує, що знання про Православ'я – органічна, невід'ємна частина вітчизняної культури, що наше молоде покоління повинно отримати доступ до невичерпного колодязя православної духовної і моральної спадщини, якої народ намагались позбавити в роки тоталітарного атеїзму. Собор погоджується з думкою, яка висловлена Суспільною Палатою РФ, суть якої полягає в тому, що вивчення дітьми історії і традиції своєї релігії розглядається віруючими росіянами в якості обов'язкового елемента їх етнічної і культурної самоідентифікації, а також могутнього засобу морального розвитку і формування особистості дитини. Учасники Собору вважають, що вивчення школярами Основ православної культури необхідне в державі. Де православні складають абсолютну більшість населення. Одночасно подібне викладання потрібно забезпечити і для традиційних релігійних меншостей.

Митрополит Кирил говорить про те, що для людей, які належать до ісламу чи юдаїзму, необхідно знати основи своєї національної культури. Тому православна церква для представників інших релігій пропонує вивчення тих чи інших основ на вибір.

Православна церква заперечує лише проти того, щоб створювався якийсь еклектичний навчальний курс, небезпечний тим, що в його рамках всі релігії, культури опиняться змішані, а в такому випадку в дитячій свідомості буде утверджуватися релігійний релятивізм, уявлення про взаємозамінність віровчительних доктрин і релігійних уявлень.

5. Викладання Основ православної культури мало б бути факультативним уроком. Однак, є побоювання, що нещодавно факультативний предмет став обов'язковим. Наприклад, його ставлять в розкладі занять другим або третім уроком, і діти тоді змушені його відвідувати. Фінансування викладання Основ православної культури і його аналогів здійснюється за рахунок державного бюджету. На думку Мозгового С.А. "середня школа стає майданчиком для релігійного та ідеологічного впливу на дітей". Шкільні навчальні посібники і програми курсу Основ православної релігії суперечать вимогам законодавства про світський характер школи і плюралізм в освіті. Ображеними відчувають себе місцеві мусульмани, протестанти, юдеї і атеїсти. Дітям із неправославних сімей наноситься тяжка психологічна травма, вони стають "чужими", "не такими як усі".

На думку Марини Литвинович, члена ради "Іншої Росії" "Православна Церква давно вже не просто робить спроби, а рішуче втручається у світське життя... Православна Церква намагається пролізти в усі шпаринки і, порушуючи конституцію, встановити нові правила, котрі неприпустимі для світської держави".

6. Прихильники викладання у школах "Основ православної культури" опонентам надають таку відповідь: усвідомлення і реалізація своєї національної специфіки може вести до поглиблення зв'язків із зовнішнім світом, а не до ненависті і закритості. Зокрема, на думку російського режисера Карен Шахназарова "Росія – країна православна…, а церква – один із найважливіших державних інститутів… Близькість Церкви до верховної влади закладена в самій нашій історичній традиції". З викладання цього курсу у школах висловлюється і

академік Никандров Н.: “в статтях конституції не закладено ніяких часових і просторових рамок для вираження своїх переконань... Це означає, в принципі, що вчителі у світських державних школах на уроці можуть висловлювати свої релігійні переконання. І ніяких обмежень на цей рахунок у конституції немає…”.

На думку автора програми “Основи православної культури” Бородіної А.В. “держава – це перш за народ. А народ – це людська спільність, яка вибудовується на спільній мові, культурі, духовності, історичній пам’яті. Тому система освіти стала основним інструментом в боротьбі з народом… Курс “Основи православної культури” здатний відродити мову, культуру, підвищити якість освіти…”

Патріарх Алексей II підкреслив, що “ні Церква не вмішується в життя держави, ні держава не вмішується у справи Церкви… Однак, Церква в Росії не може бути відокремлена від суспільства і народу”. Що стосується викладання навчального предмету “Основи православної культури” в школах чи теології у вищих навчальних закладах, то це “не суперечить принципу відокремлення Церкви від держави і повністю відповідає практиці, яка склалася у всьому світі”.

На сьогоднішній день навіть створено штаб по захисту курсу “Основи православної культури”. Також дуже цікавим є і те, що 26 вересня 2006 року було підписано договір про співробітництво між міністерством культури Саратовської області і Саратовською єпархією РПЦ.

7. Якщо звернутись до законодавства Російської Федерації, то в Основному її законі містяться норми, у відповідності до яких повинні будуватись відносини між державою і релігійними об’єднаннями. Зокрема у статті 14 Конституції РФ закріплено положення про те, що держава є світською, а релігійні об’єднання відокремлені від держави, і, що особливо важливо, заборона встановлювати будь-яку релігію в якості державної чи обов’язкової; у статті 19 закріплена рівність прав і свобод людини і громадянина незалежно від її відношення до релігії, а також заборонені будь-які форми обмеження прав людини по ознаках релігійної приналежності; у статті 28 закріплено і гарантовано право кожної людини на свободу совісті і свободу віросповідання. Крім того, Закон РФ “Про освіту” у ст. 2 серед принципів державної політики в області освіти передбачає світський характер освіти в державних і муніципальних освітніх закладах. А ст. 1 в п. 5 говорить про те, що у державних і муніципальних освітніх закладах, органах управління освітою створення і діяльність організаційних структур… релігійних рухів і організацій (об’єднань) не допускається.

8. При вирішення проблеми офіційного державного ставлення до тієї чи іншої релігії необхідно заакцентувати увагу на таких положеннях: 1) держава має бути світською; 2) держава мусить чітко окреслити у законодавстві межі свого втручання (межі впливу, сприяння, протидії та ін.) у сповідування особою будь-якої віри, у діяльність релігійних та атеїстичних організацій, виходячи із загальнолюдських цінностей і прав людини; 3) вона не повинна надавати матеріальної підтримки або в іншій формі активно виявляти свою прихильність до будь-яких релігійних організацій, а також до організацій атеїстичного спрямування; 4) позитивна діяльність держави щодо різних конфесій має бути обмежена: а) обліково-реєстраційною діяльністю на основі повідомного (заявницького) принципу; б) нейтральним арбітруванням у разі виникнення міжконфесійних суперечок, конфліктів з майнових та деяких інших неідеологічних питань — за умови звернення цих організацій до відповідних

юрисдикційних державних органів і беззастережного визнання обов'язковості рішень останніх; 5) держава має законодавчо визначити межі діяльності, фізичної поведінки (проте аж ніяк не думок, не віри), поза які не можуть виходити прихильники будь-якої релігії або іншої віри (віруючі) і будь-які релігійні та атеїстичні організації, відповідно до міжнародних стандартів цих меж; 6) держава повинна здійснювати контроль за непорушення цих меж, тобто за додержанням законності (законів) з боку віруючих усіх конфесій, усіх релігійних і атеїстичних організацій, та притягувати до юридичної відповідальності тих із них, хто порушив чинне законодавство.

Також необхідно наголосити на принципі відокремлення школи від церкви і релігійних організацій, який означає те, що навчально-виховний процес у таких закладах є вільним від втручання політичних партій, громадських і релігійних організацій, а також те, що в них не допускається залучення учнів або студентів до участі в політичних акціях та релігійних заходах під час навчально-виховного процесу. Крім того, в законодавстві варто закріпити положення про неприпустимість будь-якого примушування до навчання релігії чи навчання у сфері атеїстичних (чи інших) переконань, якщо це суперечить віровизнанню особи.

9. На мою думку, викладання основ тієї чи іншої релігії повинно бути факультативним предметом, тому я не зовсім погоджуюся з тим, що Собор запропонував звернутися до уряду Російської Федерації про визнання культурологічної значимості викладання “Основ православної культури” і етики у всіх школах країни і включити цей предмет у відповідну сферу федерального освітнього стандарту.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

СОЦІАЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ І ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПРИЄДНАННЯ ГАЛИЧИНИ ДО СКЛАДУ ПОЛЬСЬКОГО КОРОЛІВСТВА (1349–1569 РР.)

Бойко І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Територія, на якій тепер розташована Галичина (сучасні Івано-Франківська, Львівська і Тернопільська області) з давніх давен приваблювала людей своїм вигідним географічним розташуванням. Перші сліди перебування людей на території сучасної Галичини відносяться до стародавнього кам'яного віку – полеоліту. Підтвердженням цього є археологічні розкопки у 25 місцевостях Галичини. Про стародавню її історію ми дізнаємося з розкопок, знахідок, археологічних експонентів, які свідчать про те, що Галичина належить до тієї частини Східної Європи, де відбувався активний процес формування та розвитку східнослов'янських племен. Зокрема, на Івано-Франківщині налічується 1500 пам'яток археології. Серед них 300 пам'яток доби палеоліту, 225 – неолітичних стоянок, 300 – трипільської культури, 115 – доби бронзи і т.д.

В епоху переселення народів (III–VII ст. н.е.) територією західних земель нинішньої України прокочувалися хвилі нашестя готів (з Північної Німеччини та Прибалтики), гунів (з Північного Причорномор'я та Азії), змішуючись між собою і племенами східних слов'ян, які з давніх давен населяли ці землі. На думку М.Грушевського, найбільш відомими з слов'ян були племена дулібів, полян, тиверців, хорватів та ін. На рубежі VIII–IX вони увійшли до складу староруської держави – Київської Русі. В період феодальної роздробленості на її західних землях утворилися (XI–XII ст.) кілька невеликих князівств (Перемишльське, Звенигородське, Теребовлянське, Галицьке та Волинське).

У 1199 р. Галичем володів енергійний волинський князь Роман Мстиславович. Він об'єднав Галицьке і Волинське князівства в єдину Галицько-Волинську державу, яка стала спадкоємницею Київської Русі, продовжувачем державотворчих традицій на українських землях. У другій половині XIII – перших десятиріччях XIV ст. Галицько-Волинська держава не лише з успіхом відбивала напади німецьких, польських та угорських феодалів, а й часто сама переходила у контрнаступ. Водночас саме тоді вона прийняла на себе перші удари монголо-татарських орд, захищаючи Західну та Центральну Європу від навали кочівників. Однак спустошливі татарські набіги вкрай ослабили могутність Галицько-Волинської держави, і цим скористались сусідні держави, які незрівняно менше потерпіли від татарського лихоліття. На зруйнованих татарами землях Галицько-Волинської держави розпочався період глибокого політичного, економічного та культурного занепаду. Вони стали об'єктом зазіхань з боку кількох сусідніх держав: Королівства Польського, Великого князівства Литовського, Угорського королівства. Їх цілком природно приваблювали багаті землі Галицько-Волинської держави. Це спричинило політичний, економічний і культурний занепад України в XIV–XVII ст.

© Бойко І., 2008

Однією із сусідніх держав, яка першою намагалася захопити землі Галицько-Волинської держави, була Польща. Приводом до вторгнення Польщі на землі Галицько-Волинської держави стала загибель у квітні 1340 р. галицько-волинського князя Юрія ІІ Болеслава. Він був отруєний боярами-змовниками Галицько-Волинської держави, незадоволеними його внутрішньою і зовнішньою політикою, зокрема тим, що в боротьбі з боярською опозицією він покладався на підтримку Польщі й Угорщини. Юрій ІІ Болеслав помер бездітним. Відповідно до Вишеградської домовленості польського короля Казимира ІІІ і угорського короля Карла Роберта, укладеної 1338 р., перший з них у квітні 1340 р. здійснив загарбницький похід на Галицько-Волинську державу.

Експансія відбувалася під прикриттям гасла захисту католиків Галичини. Захопивши Львів та пограбувавши княжий палац на Княжому Замку, польський король Казимир ІІІ готував розширення агресії з метою оволодіння іншими українськими землями. У відповідь на зухвалі, завойовницькі дії поляків галицькі українці розпочали повстання, яке очолив боярин Дмитро Дедько. Повстання завершилося визволенням Галичини. Казимир ІІІ був змушений визнати Дедька правителем Галичини, а той – формальне верховенство польського короля. Внаслідок цього на певний час на території Галицько-Волинського держави виникли два адміністративні центри: Волинське князівство, очолене князем литовського походження Любартом (Дмитром) Гедиміновичем, і олігархічна боярська автономна республіка в Галичині, – її представляв “управитель і староста Руської землі” Дмитро Дедько.

У 1344 р. Дмитро Дедько помер. Це стало приводом для активізації боротьби Польщі, Угорщини та Литви за спадщину Галицько-Волинської держави. Казимир ІІІ 1349 р. забезпечивши собі нейтралітет Угорщини і Золотої Орди (дістав від останніх за велику платню “право” на Галичину), вдруге здійснив похід на Галицько-Волинську державу, здобув знову Львів та інші головні міста краю, присвоївши собі титул “пана Руської землі”. У тому ж році припинила існування Галицько-Волинська держава, яка займала більшу частину української етнографічної території XII – середини XIV ст. Впродовж існування Галицько-Волинської держави тогочасними українцями було досягнуто значних успіхів щодо власного державотворення. Крім цього, перебуваючи у Центральній Європі, вони зазнавали позитивних впливів її прогресивних культурних, економічних, правових традицій тощо. Це забезпечило прагнення до власної державності в умовах польської окупації впродовж XIV–XVI ст. Ідеологічним підґрунтям вторгнення стало поширення католицизму на Схід. Саме тому польський король проголосив себе “щитом християнства”, а завойовницький напад називав хрестовим походом проти язичників-литовців і схизматиків-українців.

У 1366 р. після тривалого збройного протистояння, під час якого Польщу підтримувала Угорщина, а Литву – місцеве українське населення, Польська держава підпорядкувала собі Галичину і частину Волині. Внаслідок експансії до коронних польських земель було приєднано майже 52 тис. кв. км із населенням 200 тис. осіб, що збільшило територію Польщі майже наполовину.

Боротьба між Казимиром, який захопив Галичину, і литовськими князями, що укріпилися на Волині, продовжувалась із змінним успіхом. На ведення війни проти “руських і литовських робеліянтів” Казимирові доводилось позичати гроші від вищого католицького духовенства. Водночас для того, щоб зламати опір місцевого українського населення, конфіскувались землі князів та бояр, які не

хотіли миритись із втратою незалежності Галицько-Волинської держави. З давніми традиціями самостійного існування Галицько-Волинської держави змушений був рахуватися і Казимир ІІІ. У деяких документах 1350–1358 рр. він вживав "королівство Русь" (Regnum Russiae), титулуючи себе не лише королем Польщі, але й королем Русі. Крім того, Казимир ІІІ карбував окрему монету для Руського королівства. Це мало свої передумови. По-перше, Галицько-Волинська держава, завдяки своєму авторитету на міжнародній арені, іноді прирівнювалася до королівства. По-друге, у деяких документах галицько-волинських князів початку XIV ст. замість назви Галицько-Волинське князівство вживалася назва "Королівство Русь" (regnum Rusiae). Так, Юрій Львович титулював себе "Король Русі, князь Ладімірії). Про це свідчить напис на печатці "Domini Georgi Russiae… Dusis Ladimiriae). Тому можна припустити, що поняття "Королівство Русь" було ідентичне поняттю "Королівство Галичина". Як вже зазначалося, "Королем Русі" титулював себе і король Польщі Казимир ІІІ у перші роки після захоплення Галичини Польщею, оскільки прагнув розглядати польське панування у Галичині як персональну унію двох своїх королівств: Польського і Руського. Проте на вимогу польських магнатів згодом він погодився на приєднання Галичини до Польського королівства.

Після входження Галичини під владу польського короля Казимира ІІІ до середини XIV ст. вона зберігала певну адміністративно-правову автономію. Окремими волостями управляли руські воєводи, яким підпорядковувалися сотські, десятники, тіуни. Офіційні документи складалися українською мовою. Тіуни, здійснюючи судочинство у галицьких волостях, керувалися українським, а не польським правом. Певний час у Львові карбувалася окрема монета Руського королівства. Однак це тривало недовго. Виконуючи волю заможних польських магнатів, польський король здійснював політику інкорпорації Галичини до Польського королівства. Наступ на захоплені українські землі посилювався і набував різних форм, у тому числі адміністративних. Король почав призначати у волості своїх представників-старост. Крім Львова, старости управляли у Галичі, Теребовлі, Сяноку, Перемишлі, Самборі. Одночасно відбувалося заселення Галичини іноземними колоністами: поляками, німцями, чехами. Колонізація вирізнялася широкими масштабами.

У 1434 р. усі галицькі землі польський уряд об'єднав і створив Руське воєводство з адміністративним центром у Львові, яке складалося з чотирьох земель: Львівської, Галицької, Перемишльської і Сяноцької. У тому ж році привілеєм польського короля Владислава ІІ у Галичині було скасовано "руське право", а замість нього введено польське право і запроваджено такий самий державний устрій, як і в Польському королівстві. Польсько-католицька шляхта повсюдно витісняла православних українців зі сфери виробництва, освіти, культури. Відбувалася масова полонізація галицького населення.

Правовий статус Галичини у складі Польського королівства мав свої особливості. З 1434 р. він змінився, оскільки на цій території відбулась заміна правової системи. Руське воєводство, безперечно, не було "державою в державі" та підпорядковувалось центральній владі, але не можна не відзначити певні відмінності в праві та державному апараті від тих інститутів, які були в інших територіях Польського королівства. Таких відмінностей можна було б навести безліч, але історичні джерела досить дотично порушують це питання. Так, В.Абрагам не впевнений в існуванні в Галичині оправців. Копний суд був характерним саме для Галичини, а не для усіх територій Польського королівства.

Проте не слід вважати, що тільки Галичина мала спеціальний правовий статус. Крім неї, досить сильно вирізнялись Мазовія, Серадська земля, Холмська земля, Краківська земля, Пруська земля тощо. Уся ж, власне, Польща поділялась на Великопольщу і Малопольщу. На одних землях діяв Петрківський статут, а на інших – Вислицький. Нешавські статути 1454 р. також були побудовані за територіальним принципом правового регулювання. Це все свідчить, що Польща в 1349–1569 рр. не була монолітною державою. Більше того, важко впевнено сказати, чи вона була унітарною. Російський дослідник М.Кареєв висловив позицію, що Польське королівство мало федеральний характер державно-територіального устрою, про що свідчить подібність структури Вального сейму до вищих представницьких органів федерації. Liberum veto, яке було притаманне вже для Речі Посполитої, було дуже красномовним виразом певної незалежності місцевої влади від центральної, а воєводста і земель від монарха. Сеймики були настільки сильним інститутом влади, а в Галичині це проявлялось дуже чітко, що їх діяльність нерідко була визначальнішою та вирішальнішою, ніж правління центральної влади Польського королівства. Судді для заняття посади повинні були мати нерухомість на території відповідного воєводства, а в Галичині навіть на території відповідної землі. Це вказує на те, що в земель і воєводств Польського королівства були певні суверенні ознаки.

З 1349 р. Руське королівство, а з 1434 р. Руське воєводство вирізнялося з-поміж інших воєводств Польського королівства великою територію і густотою населення. Правовий статус населення Галичини визначався їхньою належністю до певного стану: шляхти, духовенства, міщан і селянства. Привілейоване становище посідали польська шляхта і католицьке духовенство. Правове становище галицьких селян у складі Польського королівства характеризувалося політичним безправ'ям і неповною цивільною правоздатністю і дієздатністю. Так, селяни стали повністю залежними від пана людьми, підневільними, кріпаками, їх правове становище мало чим відрізнялося від рабського. Селянське самоврядування також було ліквідоване. Шляхта отримала змогу втручатися навіть в особисте життя селян – давали чи не давали дозвіл на шлюб, похорон (беручи за дозвіл плату).

Обґрунтування прав Польщі щодо Галичини, на нашу думку, були фікцію, оскільки не мали під собою жодних історичних та правових підстав.

Галичина як споконвічна українська земля завдяки своїй самобутності не втратила ідентифікаційних ознак. Галицькі українці, володіючи культурно-національними традиціями ще з часів Київської Русі, Галицько-Волинської держави, перебуваючи у Східній Європі, зазнавали її культурних впливів. Галичина зберегла себе від асиміляції Польщі й стала в майбутньому важливим політичним центром для всієї України.

Особливістю впровадження колоніальної політики Польщі в управлінські структури Галичини було те, що формування адміністративного апарату здійснювалося виключно силами польської влади. Підтвердженням цього було призначення на керівні посади, польську шляхту, а це в свою чергу зумовило полонізацію українського населення. Приєднання Галичини до складу Польського королівства переривало процеси українського державотворення, можливість створення і збереження власної національної держави на багато століть.

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА «САКСОНСЬКОГО ЗЕРЦАЛО» ТА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ В ЄВРОПІ В ДОБУ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ»

Гуменюк Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Німеччина як самостійна держава виникла в результаті розпаду Франкської держави у IX ст.. (Верденський договір 843 р.). За східною частиною імперії, в котру ввійшли Швабія, Баварія, Франконія, Саксонія, а пізніше Лотарингія, закріпилася назва Тевтонська держава. В новій державі не було стабільних економічних і політичних зв'язків між основними її частинами, об'єднання німецьких герцогств в значній мірі визначалося зовнішньою політикою правителів, котрі шукали будь-яких можливостей захоплення сусідніх королівств. Німеччина на протязі всієї феодальної епохи залишалася роздробленою. Політична роздробленість Німеччини, котра зберігалася до 1871 р., була наслідком економічного, соціального та політичного розвитку окремих її частин.

З економічного погляду Німеччина протягом IX- XIV ст. була сільськогосподарською країною, де домінувала велика земельна власність, а в її межах існували численні дрібні господарства феодально залежних селян.

Що стосується права, то в X – аж до початку XIV ст. основним джерелом права Німеччини був звичай. З розвитком суспільних відносин виникла необхідність запису і систематизації правових звичаїв. Певну можливість для такої систематизації давали судові рішення, в котрих використовувались загальні норми звичаєвого феодального права і враховувались думки інших правознавців. У другій половині XII ст. у Німеччині завершився процес поділу суспільства на феодалів, селян та міщан.

В XIII ст. почались спроби кодифікації звичаєвого права. Такими кодексами стали «Саксонське зерцало» і «Швабське зерцало».

«Саксонське зерцало»- це середньовічна юридична книга досить високого рівня, котра мала велике розповсюдження та вплив на середньовічну та сучасну судову практику не лише в Німеччині, але й далеко за її межами. Воно було складене дворянином-рицарем, суддею Етке фон Репповим (Eike von Repgow, Repchowe, Repichowe, Repow) і остаточно упорядковане ним же в 1230 р.

Перший рукопис «Саксонського зерцала», виник, мабуть між 1220 та 1235 роками, причому сам фон Реппов неодноразово переробляв його, пізніше в околицях Магдебургу були також впровадженні додатки іншими правознавцями, виходячи з цього, остаточна версія книги датується 1270-м роком.

Спершу правова книга фон Реппова була складена звичайною літературною латинською мовою, і лише на вимогу графа Гоєра фон Фалькенштайна він переклав свою кодифікацію на німецьку мову.

В час, коли Етке фон Реппов упорядкував «Саксонське зерцало», вже існувала значна кількість писемних джерел права, які переважно з'явилися на території переживаючої занепад Римської імперії, а протягом Середньовіччя, головним чином в Італії, зазнали подальшого свого розвитку.

© Гуменюк Г., 2008

Спорідненість саксонського права та імперського права можна побачити саме в «Саксонському зерцалі». В тексті прологу говориться про те, що дане право бере свій початок від християнських «королів» Костянтина і Карла, де маються на увазі римський імператор Костянтин Великий (306-337рр.) та імператор франків Карл Великий (768-814рр.): *«[…] unde ok kerstene koninge gesat hebben: Constantin unde Karl, an den Sassen lantnoch sines rechten tut» (Textus prologi)*. Як земське так і ленне право, згідно з Етке, походять від короля: *«Dar umme so hevet al lantrecht unde lehnrecht begin an eme […]»* Але в кінці прологу зазначається, що єдиним творцем права є Бог, адже право присутнє в самій Божій природі, а тому Бог любить право і закон: *«Got is selve recht, dar umme is em recht lef» (Prologus)*. Також у пролозі автор звертається з проханням до Святого Духа, щоб Той допоміг йому у наміченій роботі: *«Des hiligen geistes mine, diu sterke mine sinne […]» (Prologus)*. Акцент на імператорському та Божому походженні правових норм «Саксонського зерцала», який присутній на передньому плані документу, не є випадковістю, а скоріше закономірністю тієї епохи.

Починаючи з XII століття, по всій Європі розпочався процес глибокого аналізу та обробки римського і канонічного права. А відтак створення «Саксонського зерцала», як різновиду писаного права, що ґрунтується на довголітніх традиціях звичаєвого права, відбувалося в тісній взаємодії як з римським (імперським) так і з канонічним (церковним) правом. Шлях до такої взаємодії та співіснування полягав в тому, що в тексті даного збірника права для того, щоб посилити його сприйняття та зробити більш цілісним, робилися посилання про походження від імператорів Костянтина та Карла Великого. Особливу роль в цьому відіграло місто Магдебург, яке завдяки своїй тісній прив’язаності до Священної Римської імперії та її імператорів, змогло запропонувати хороші історичні та інтелектуальні можливості.

«Саксонське зерцало» набуло розповсюдження далеко за межами Саксонії, особливо в Нідерландах, також й в східних землях: разом з німецькими переселенцями подорожувала й саксонська правова книга, вона швидко стала основоположним джерелом для інших правових збірників в околицях Кракова, Львова, Києва, Мінська, Вільнюса, Ревеля та ін.

«Саксонське зерцало» стало в Прусії в 1794 р. основою для створення «Загального земського права», пізніше – в 1865 р. в Саксонії «Громадянського зводоу законів», і в 1900 р. в Тюрінгії – «Громадянського зводу законів для Німецької імперії».

Сьогодні «Саксонське зерцало» більше не є діючим правом, проте протягом століть воно створило німецьку і європейську історію в теорії та практиці й заслуговує на проведення подальших наукових досліджень.

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ В ПЕРІОД ВІДРОДЖЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1918-1920 РР.)

Довгань Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У цивільно-правовій літературі панує переконання, що законодавство України про інтелектуальну власність бере свій початок з 1991 р. Натомість, архівні документи раніше засекречених фондів свідчать про протилежне, а саме – у період відродження української державності (1917-1920 рр.) активно велися законотворчі роботи у цій сфері. З огляду на це, актуальним є аналіз архівних матеріалів, який дозволить визначити початок формування законодавства України про інтелектуальну власність, і зокрема про охорону об'єктів промислової власності, виявити особливості регулювання відносин у цій сфері на різних етапах існування української держави, висвітлити особливості юридичної термінології, ознайомитися із напрацюваннями українських правників початку ХХ ст.

Дане питання недостатньо повно висвітлено у сучасній історико-правовій літературі. З огляду на те, що архівні матеріали періоду відродження української державності у радянський час були засекречені, особливого значення набуває їх введення у науковий обіг та аналіз.

Метою даного дослідження є аналіз законотворчої діяльності Директорії у сфері винахідництва на основі вивчення архівних матеріалів, які зберігаються у фонді № 9 Центрального державного архіву вищих органів влади та управління України.

Уряд Директорії, як і за Центральної Ради, складався з міністерств, які поділялися на департаменти та відділи. При Міністерстві народного господарства продовжував діяти, як і у попередній період, Фабрично-заводський департамент, до складу якого входив відділ винаходів. Незважаючи на постійні переїзди з одного міста в інше, зовнішньополітичні труднощі, до яких згодом додались і внутрішньополітичні, діяльність уряду, зокрема відділу винаходів, не припинялася. Велися пошуки шляхів удосконалення державної системи охорони промислової власності.

Обговорювалася можливість перетворення відділу винаходів в самостійний орган. З цього приводу начальником відділу, інженером Зеноном Горницьким була підготовлена доповідна директорові Фабрично-заводського департаменту «по устному наказу п. Міністра (Архипенка) перетворити «Відділ Винаходів» в самостійний «патентовий уряд УНР» на зразок західноєвропейських держав».

Зміст цього документу свідчить про високу правову культуру його автора, розуміння ним важливості створення державної системи охорони промислової власності для молодої української держави. Він, зокрема, зазначає: «ми повинні завчасу дати нашій промисловості зброю, якою могла би перемагати цю сильну та страшну конкуренцію чужих, ... Коли би ми могли стягнути для наших сьогоднішних і майбутніх, будучих фабрик та заводів – ці нові винаходи, могли би про долю нашої промисловості бути спокійні». Слід зазначити, що в період відродження української державності (1917-1920 рр.) у сфері права

© Довгань Г., 2008

інтелектуальної власності на Україні продовжувало діяти законодавство Російської імперії. З. Горницький пропонував внести до нього відповідні зміни, оскільки часу на розробку власного, нового законодавства не було. І першим кроком, на його думку, мало бути перетворення відділу винаходів в окремий Департамент охорони промислової власності. Це би «піднесло престиж української держави в очах промислового світу, оскільки свідчило би про усвідомлення значення винаходів, дало би українському патентові зразу потрібний блиск і повагу».

Варто наголосити, що у більшості європейських держав, які з'явилися на політичній карті світу після І світової війни (Естонія, Латвія, Болгарія, Греція, Чехословаччина, Балканські держави), серед законів, які були прийняті у першу чергу, були закони про охорону промислової власності. Це свідчило про усвідомлення важливості винахідництва, захисту вільної конкуренції для відродження та подальшого розвитку економіки. Як писав американський вчений Б. Зінгер: „нові відкриття та нові винаходи є основою промисловості, а промисловість – це життя нації". Наведемо приклад сусідньої Польщі, у якій вже через місяць після проголошення незалежності (11.11.1918 р.) главою держави був виданий Декрет від 12.12.1918 р., яким передбачалося створення при Міністерстві Промисловості та Торгівлі Патентного Відомства. Основним завданням цього органу було надання патентів на винаходи та видача охоронних свідоцтв на промислові зразки, моделі та товарні знаки.

У червні 1919 р. Директорія і уряд переїхали до Кам'янця – Подільського, який тимчасово став столицею УНР. Там було підготовлено проект Постанови Ради Міністрів щодо реорганізації відділу винаходів (25.06.1920 р.). У вступі зазначалося, що: «зі взгляду на незвичайно великої ваги винаходів для розвою життя держави та для належного забезпечення прав їхнім власникам – перетворюється «Відділ Винаходів» в окремий Департамент охорони промислової власності». До повноважень Департаменту відносили: 1. прийняття заяв на винаходи та удосконалення для перевірки новизни та видачі патентів; 2. прийняття фабричних зразків та моделей для охорони від незаконного відтворення; 3. прийняття заяв на товарні знаки та їх затвердження; 4. вирішення усіх інших справ, які торкаються охорони винаходів і творів у технічній сфері. Для реалізації цих завдань Департамент: 1. «веде реєстр зголошень винаходів і удосконалень; 2. складає і регіструє протоколи виданих патентів; 3. розсліджує винаходи у власному крузі і творить окремі комітети для розсліду винаходів під зглядом новини, вирішує спори і непорозуміння, як найвища установа при нарушенню прав винахідників та власників; 4. утримує потрібну бібліотеку (технічно-наукові діла, патентні закони інших держав, копії чужих патентів, чужі патентні журнали і т.п.); 5. утримує тайний архів для перехования в тайні зголошених винаходів і удосконалень, фабричних зразків та моделей; 6. утримує явний архів, доступний для вглядання загалові у надані вже патенти, затверджені зразки та моделі, які пройшли свій речинець тайни та явні альбоми товарних знаків; 7. веде евіденцію патентних бюр (заприсяжених патентових речників), завідує державними майстернями, в яких можна випробувати, удосконалювати і реалізувати гарні та цінні винаходи убогих, незасібних винахідників-горожан УНР». Передбачалося створення трьох відділів: реєстрового, технічно-наукового, охоронного.

Ймовірно, що пізніше виникла ідея створення саме Патентного уряду УНР, оскільки 16.08.1920 р. у м. Тарнові був підготовлений тим же автором, інженером З. Горницьким проект Постанови про Патентовий уряд УНР.

Слід зазначити, що даному проекту притаманно багато рис сучасного патентного права, які містяться і в українському законодавстві, і у міжнародних документах у сфері охорони промислової власності. Аналіз змісту свідчить про глибокі теоретичні знання права автора З. Горницького. Варто підкреслити, що у проекті використовується термін «патент», хоча у діючому на той час в УНР російському законодавстві вживався термін «привілей».

На жаль, задум про створення Патентного уряду УНР не вдалося втілити у життя. У протоколі засідання ради фабрично-промислового департаменту від 20.12.1920 р. у м. Ченстохові зазначалося, що у зв'язку з рішенням групи великих держав створити «Міжнародний патентний уряд», повноваження якого ще не визначено, роботу зі створення Патентного уряду УНР перервано. До з'ясування компетенції Міжнародного патентного уряду, до якого УНР повинна була приєднатися, продовжував діяти «Відділ охорони промислової власності», діяльність якого обмежувалася видачею зареєстрованих заяв та охоронних свідоцтв.

У доповіді від 2.01.1921 р. про діяльність фабрично-промислового департаменту у 1920 р. зазначалося, що його робота обмежувалася з причини постійної зміни місцезнаходження, браку програми роботи та фахівців (часом персональний склад обмежувався 1 або 2 особами). У Статуті Фабрично-промислового департаменту, затвердженого 26.02.1921 р., Відділ винаходів перейменований на Відділ охорони промислової власності.

Цікавим є лист Василя Луківа, українського винахідника, який мешкав у Канаді до міністра закордонних справ УНР від 11.03.1921 р. Він пропонував Уряду УНР купити патенти на його винаходи – пістоль-шаблю та плужок для садження та закривання картоплі за 5 тисяч доларів за кожний. Зрозуміло, що в надзвичайно складних умовах існування УНР, коли Директорії не вистачало грошей для оплати різних витрат, у тому числі населенню за поставки продовольства, уряд навряд чи міг придбати ці патенти.

Висновки. Отже, проаналізувавши архівні матеріали, можна зробити наступні висновки:

1. У період відродження української державності, зокрема за часів Директорії, були закладені підвалини для формування національної системи охорони об'єктів промислової власності, як у більшості інших європейських держав, які здобули незалежність після І світової війни. Це свідчило про усвідомлення важливості охорони прав винахідників для відновлення та подальшого розвитку промисловості;

2. У період діяльності Директорії у складі Фабрично-заводського департаменту Міністерства народного господарства діяв відділ винаходів. Його діяльність, не дивлячись на постійні переїзди та брак фінансування, не припинялася. Велася робота з підготовки змін до діючого на той час в Україні законодавства Російської імперії у сфері інтелектуальної власності. Одночасно розроблялись проекти власного законодавства, які містили багато рис, притаманних сучасному українському законодавству. Аналіз законопроектів свідчить про високу правову культуру їх розробників, їх обізнаність із міжнародними документами. Обговорювалась можливість створення Патентного уряду УНР, з цього приводу було підготовлено проект постанови. На жаль, у зв'язку з політичними подіями не вдалося прийняти національне законодавства у сфері винахідництва, приєднатися до міжнародних договорів.

НОМАРКТСЬКЕ (ШРЕДСЬКЕ) ПРАВО

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Подібно до того кульменський привілей 1233 р. став основою для утворення кульменського права, так само привілей (правове роз'яснення) міста Галле 1235 р. для міста Новомаркта заклав правову основу для утворення іншого різновиду магдебурзького права – новомарктського або, у польському варіанті, шредського права. Місто Новомаркт, сьогоднішня Шреда, знаходиться у Сілезії (Польща). Основна кількість локацій на новомарктському праві відбулася протягом 1223-1229 рр. під час князювання сілезького князя Генріха Бородатого та його конфлікту з Магдебургом. Князь Генріх Бородатий, бажаючи прийняття більш досконалих правових норм для врегулювання нових торгівельних економічних відносин, що будувались на основі фламандського права, звернувся разом із міськими мешканцями до шиффенів міста Галле та отримав вищезгаданий документ 1235 р. У цьому роз'ясненні немає даних про встановлення у місті міської ради та радників, але згадується про спадкового війта (erbvogtei), який підпорядковується власнику міста. Після ліквідації у 16 ст. інституту спадкового війтівства діяльність шредського (новомарктського) права фактично припиняється.

У процентному відношенні близько 50 відсотків локацій на основі новомарктського права припадало на населені пункти, що перебували у власності католицької церкви, 21,6% – монастирів, 20% – приватних власників (шляхти) і 8,45 – держави. Причому на Сілезію припадало лише 9,26% усіх населених пунктів, що володіли новомарктським правом.

Новомарктське право включало поряд з нормами магдебурзького права фламандське (голандське) право. Цим правом володіло понад сто міст. Зокрема, за даними відомого польського дослідника новомарктського і хелмінського права професора З.Здройковського це число становило 132 міста та близько однієї тисячі сіл. Територіально дані населені пункти знаходились на території Сілезії, Малої і Великої Польщі та Галичини. Новомарктське право проіснувало більше 250 р. протягом XIII-XV ст. З 1234 р. воно почало поширюватись на польські землі і спочатку надавалось населеним пунктам, заснованим німецькими колоністами. З 1328 р. новомарктське право надавалось вже польським та українським містам і селам.

З найвідоміших міст новомарктського права слід назвати Костенблют (рік надання новомарктського права – 1214), Уєест (1223 р.), Требніц – (1250 р.), Ополе – (1327 р.) та ін. На сьогоднішній день також відомо 25 населених пунктів Галичини, які володіли новомарктським правом, а в архівах знаходиться 12 привілеїв цих міст. Цікаво, що один з примірників новомарктського права знаходився у міжвоєнний період у бібліотеці міста Львова (Наукова бібліотека НАН ім.Василя Стефаника), пізніше його було передано бібліотеці Оссолінських у місті Вроцлаві (Польща). Окрім того, ряд українських населених пунктів, що знаходились на Лемківщині, Холмщині і Підляшші також володіли новомарктським правом. Серед найвідоміших українських міст новомарктського права можна вказати Стару Сіль (Львівська обл.), Скалу Подільську (Тернопільська обл.).

© Кобилецький М., 2008

Найвідоміший дослідник магдебурзького права в Україні А. Яковлів поміж населених пунктів України, що здійснювали самоуправління на основі новомарктського права, згадував також Вербіж, Винники, Малехів, Острів, Бродки, Бужів у Галичині та Сокіл на Підляшші.

На практиці зустрічалися випадки кількаразової локації міст на новомарктському праві і перехід їх на магдебурзьке право. Такі випадки мали місце у Чіхові, Обачно, Радомі, Войничах (Республіка Польща) протягом 1349-1365 рр. Першим формальним привілеєм про надання новомарктського права стало присвоєння його місту Брзег у 1250 р., а останнім містом локованим на цьому праві було Самполно у 1477 р. Остання локація села Липниці на новомарктському праві була проведена у 1511 р. гнезненським архієпископом Яном Ласкім. Особливістю новомарктського права є його багаторазове надання з метою врегулювання правовідносин, про що свідчить вищезгадана статистика. При цьому села отримували спершу фламандське право, а пізніше воно доповнювалось нормами магдебурзького права.

Як писав найвідоміший польський дослідник новомарктського права З. Здройковський головною підставою виникнення новомарктського права, що бере свої початки з фламандського права, було правове роз'яснення лавників міста Галле для мешканців Новомаркту з 1235 на замовлення сілезького герцога Генріха I (1201-1238). Оригінал даного документа не зберігся до сьогоднішнього дня і вперше його копія була видрукувана у 1771 р. Яном Богме і Крістіаном Стокла. Перший надрукований екземпляр походив з міста Брегу, а інший – з Бреслау Вроцлав). Екземпляр з міста Бреслау (Вроцлава) з певними додатками з міської книги міста Свидниця видрукував Ернест Теодор Гаупп.

Правове роз'яснення шеффенів міста Галле для Новомаркта виходили друком у збірнику джерел магдебурзького права Густава Адольфа Тшоппего і Густава Адольфа Штенцна, Пауля Лябанда та Густава Кароля Гомейера.

Новомарктське право висвітлюється у чисельних збірниках джерел магдебурзького права пізніших дослідників, серед яких особливо слід виділити праці Отто Меінардуса, який зібрав більше 318 привілеїв про надання містам і селам новомаркського права, а також вількири, статути, міські книги та ін.

На сьогоднішній день у німецькій та польській історико–правовій літературі залишається дискусійним питання встановлення точної дати видання правового роз'яснення шиффенів міста Галле для Новомаркту. Німецькі науковці Меінардус О. та Гомейер Г. дотримувались точки зору про те, що місто Новомаркт отримало двічі правове роз'яснення від Галле у 1181 і 1235 рр. Наукові позиції даних авторів пітримував ще один відомий дослідник новомарктського права Е. Сандов. Більшість дослідників піддавали критиці цю точку зору, оскільки, на їх думку, магдебурзьке право було засноване архієпископом Віхманом у 1188 р. і відповідно роз'яснення лавників Галле не могло з'явитись у 1181 р. Такої точки зору дотримувались Л. Шулте, К. Цеймер, Р. Котшке, З. Рітшл та ін. Цікаву думку висловив А. Шаубе, який писав також про два правові роз'яснення лавників Галле для Новомаркту, але перше, як вважає вчений, датується не 1181, а близько 1210 роком. На його думку, дане правове роз'яснення мало урядовий характер і приблизно 1214 р. було доставлено до Новомаркту. Хоча воно також не збереглось, про його існування свідчив документ-фальсифікат, яким надавалось новомаркське право місту

Костомлотому і ряду сіл. Вчений також стверджував, що екземпляр з міста Свидниці датується не 1181 р., а лише 1231 р. і в цьому він суперечив поглядам Меінардуса О. і Сандова Е., але підтримував точку зору Е. Гауппа. А.Шаубе писав, що дана редакція є відповіддю новомаркських лавників для села Лубічен, яке пізніше набуло статусу міста та отримало назву Мюнхенберг. Новомарктські лавники, на думку автора, опирались на привілей 1214 р., основою якого було правове роз'яснення лавників міста Галле для Новомаркту приблизно 1210 р. Зміст даного документа новомарктські лавники надавали не тільки вищезгаданому місту Костомлотому, а й усім населеним пунктом аж до 1233 р., які прийняли новомарктське право.

Шаубе А. стверджував, що у 1235 р. князь Генріх Бородатий отримав дане роз'яснення від лавників міста Галле, що було в цілому повторенням роз'яснення 1210 р., яке було втрачено у канцелярії князя. Мешканці міста Новомаркта відшукали екземпляр нового роз'яснення і належним чином його оформили відповідно до вимог тогочасної канцелярії. Так було створено текст нового документу, який у юридичній літературі датується 1235 р. А.Шаубе навів ще цілий ряд аргументів, які на його думку підтверджують його теорію. Теорію цього вченого розкритикував Сандов Е., який стояв на позиції існування двох роз'яснень 1181 і 1235 рр.

Більшість німецьких дослідників новомарктського права Рудольф Котшке, Теодор Гьорліц, Генріх Лоеш, Горст Оскар Свінтек та ін. дотримувались точки зору про існування лише одного роз'яснення, яке було направлене лавниками Галле для Новомаркту в 1235 р. і що усі інші редакції є його переробкою. Важливу роль у підтвердженні даної теорії відіграв Т. Гьорліц, який на аналізі спадкового права міста Глогове щодо спадкування вдів, яке будувалось на основі франконського права, а більшість мешканців цього міста і його околиць становили франконці довів, що даний документ, який інші дослідники датували 1181 р. міг походити лише з початку XIII ст. Свої аргументи Т. Гьорліц висвітлив у ряді інших праць. Дану точку зору підтримує сучасний німецький науковець Берн Кановський.

Новомаркт (Шрода) з 12 ст. існує як торгівельне польське місто, що перебувало під юрисдикцією сілезьких князів. У місті знаходився важливий ярмарок продажу солі з міста Галле. Регулювання торгівлі сіллю відбулося за князя Генріха I Бородатого у 1201 і даним питанням займались фламандські (голландські) колоністи, які також становили значну кількість мешканців Галле та його околиць. Появу фламандських колоністів у Шроді пов'язують з початком XII ст. Саме фламандські колоністи у XIII ст. за панування князя Генріха Бородатого сприяли встановленню у місті вільної торгівлі десь біля 1223 р.

З новим статусом Шроди як центру торгівлі сіллю повязують іншу назва міста в офіційних документах латинською мовою "Novum Forum", що стосувалось його торгівельної діяльності і перехід з польського торгівельного права на фламандське торгівельне право. Німецькі автори пов'язували першу назву міста із днем тижня – середою, коли проводились ярмарки, а польська – з його розташуванням на середині шляху між Вроцлавом і Легніцою. Німецька назва – Новомаркт, вперше згадується у 1275 р. Дискусійною залишається тема локації Новомаркту. Польський дослідник М. Фрідберт писала, що документ 1235 р. є не локаційним привілеєм, а лише правовим роз'ясненням, що

стосувалося судочинства і деяких адміністративних функцій, які надали лавники міста Галле на прохання князя Генріха та міщан Шроди. Також нема жодного іншого локаційного привілею, який би підтвердив надання такого документу. На думку Збігнєва Здройковського такий документ існував формально, оскільки місто становило своєрідний господарський конгломерат і його в інших документах називали "civitas", а його мешканців – "cives". У документах 40-х рр. XIII ст. говорилось, що місто Шрода і села в його окрузі мали статус statuta Theutonicorum. Також немає точних підтверджень, що Шрода отримала локаційний привілей. У відсутності в міста локаційного привілею були зацікавлені перш за все сілезькі князі, що давало їм формальне право ширше втручатись у справи міста. Центром торгівельної автономії фламандців, як свідчать існуючі джерела, Шрода було вже перед 1223 р., найшвидше з 1210 р. Імена солтиса (scultetus) Генріха і війта (advocatus) Берона зустрічаються вперше у письмових джерелах 1229 р. Війт Берон у Шроді володів ширшими повноваженнями, ніж солтис, підтвердженням чого є його статус у середині XIII ст. після отримання містом правового роз’яснення лавників Галле.

ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТА СУТЬ ІНКВІЗИЦІЇ

Кольбенко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У середні віки, для підтримки свого становища, католицька церква потребувала централізації своєї влади. Для того, щоб скеровувати віруючих на праведний шлях, церква часто використовувала духовні суди, котрі були практично при кожній єпископській кафедрі. Піклування про збереження чистоти душі викликала необхідність постійного контролю за дійсними або можливими відступами від католицької церкви. І це давало можливість церкві втручатися у приватне життя кожної людини, що і призвело до такого явища як інквізиція.

Вона почала формуватися ще з декрету 1184 р., котрий зобов'язував єпископів надсилати своїх комісарів для проведення слідства у ті місцевості, де вони запідозрювали єретиків. Саме цих комісарів можна вважати першими інквізиторами. Однак остаточно інквізиція, як завершене явище, сформувалася після IV Латеранського собору 1215 р., котрий встановив такі каральні заходи для єретиків: як позбавлення громадянських прав, заборона займати громадські посади, конфіскація майна, а також, у окремих випадках, пожиттєве тюремне ув'язнення.

Дещо згодом Тулузький собор більш точно визначив функції єпископської інквізиції. Зокрема: єпископи повинні були вибирати у кожному приході одного священика і двох світських людей, котрі мали хорошу репутацію. Ці особи зобов'язувались розшукувати єретиків і доносити на них. Для того, щоб попередити засудження невинних, було заборонено застосовувати будь-які покарання без дозволу єпископа або уповноваженої особи.

У 1233 р. папа Григорій IX довірив розшук єретиків домініканцям, котрі повинні були проводити його від імені Папи.

Головною ареною діяльності інквізиторів був святий трибунал. Діяльність інквізиторів переважно обмежувалась окремими провінціями, в котрих знаходилась певна кількість єпископств.

За декілька днів до свого прибуття інквізитор повідомляв духовну владу, щоб вона у призначений час скликала народ, обіцяючи відпущення гріхів тим, хто з'явиться. Пізніше він звертався до зібраного народу про необхідність збереження чистоти віри. Потім він наказував усім мешканцям з'явитися до нього протягом шести-десяти днів і розповісти про осіб, які є винними чи підозрюються в єресі, висловлюють якусь незгоду з догматами віри, або ведуть спосіб життя, відмінний від більшості віруючих. Будь-кого, хто не хотів виконувати цього наказу, інквізитори відлучали від церкви, а за послух давали індульгенцію на три роки.

Обов'язки інквізиторів полягали насамперед у допиті підсудних і зборі показів свідків. Стосовно винесення вироку, то вони зобов'язані були радитися із своєрідним «жюрі», яке складалося із духовних осіб та правників, а також враховувати думку єпископа. Багато єпископів надавали дієву допомогу інквізиторам, але були і такі, котрі вели проти них безкомпромісну боротьбу.

© Кольбенко А., 2008

Інквізиційне судочинство відрізнялося від звичайної канонічної процедури тим, що до нього залучалися свідки. Адвокати до процесу, як правило, не допускались. Крім цього, папа Інокентій IV дозволив інквізиторам застосовувати тортури, для того, щоб добитися признання. Головними покараннями, крім публічного відречення, позбавлення прав за вироком, також застосовувалися штрафи та тимчасове або пожиттєве ув'язнення. Щодо духовних осіб, а також мирян, котрі обвинувачувались в єресі, то їх переважно передавали в руки світських суддів, котрі присуджували, як правило, до страчення разом із конфіскацією майна.

Спочатку мінімальний вік інквізиторів не обмежувався, але за часів Климента У був встановлений вік у 40 років.

На відміну від звичайного судді інквізиторі повинен був не тільки встановити факти, але вивідати найпотаємніші думки підсудного. Злочин, який розслідувався інквізитором, повинен був бути тільки духовним, а чисто кримінальні дії не належали до їх компетенції.

Інквізиційний суд мав характер поєдинку між суддею і обвинуваченим. Показам свідків надавалося великі значення. З цією метою збирали навіть слухи і обмови. Велике значення надавалось і громадській думці. Для підтвердження цієї думки інквізитори приймали на віру всі слова свідків, навіть якщо вони були засновані на особистих здогадках або на слухах.

Жінки, діти та слуги обвинувачених не могли бути свідками і свідчити на їх користь, але якщо їх покази були невигідними для обвинуваченого, то їх приймали і навіть вважали особливо важливими.

Ніхто не міг відмовитися від виступу в якості свідка. Жоден привілей чи присяга не могли звільнити від такого обов'язку. Якщо свідок не бажав, або сумнівався давати покази, то поруч із залом суду знаходилася кімната тортур, до знарядь якої інквізитори вдавалися частіше стосовно свідків ніж навіть до обвинувачених.

У всіх випадках, коли обвинуваченому дозволялось приєднатися до церкви, від нього обов'язково вимагалося відректися від єресі.

Існувало декілька форм відречення, в залежності від того, якою була підозра – легка, сильна чи велика, а також чи каявся обвинувачений. Цей обряд здійснювався публічно, за винятком випадків, коли обвинуваченим була державна особа.

Теоретично, до завдань інквізиції не входило завдання застосовувати покарання. Її завданням було врятування душі, спрямування її на шлях порятунку, а також очищення від гріхів.

Інквізитори ніколи не застосовували смертну кару, а тільки позбавляли церковної опіки грішників та рецидивістів, які не розкаялися. За виключенням Італії, інквізитори ніколи не застосовували конфіскації майна єретика, а лише констатували наявність злочину, згідно якого на підставі світських законів винного позбавляли майна. Інквізитори могли застосовувати також штрафи, причому, переважно ці гроші використовувались на добрі справи. Вони засуджували гріхи і застосовували так зване духовне лікування, використовуючи текст Євангелії, котра завжди лежала перед ними у розкритому вигляді. Інквізитори не були пов'язані жодними законами і правилами і ніхто, крім Святого Престолу, не міг відмінити їх вироки.

Юридичні права інквізиторів розповсюджувались не тільки єретиків, які добровільно відступили від догм церкви. Захисники єресі та люди, котрі їх співчували або давали їм милостиню чи іншу опіку, також підозрювалися у єресі.

Така діяльність католицької церкви тривала практично до XVI ст. Інквізиція своїми методами добилася єдності і чистоти віри, причому чистота моральна враховувалася в другу чергу. Вона ввела у судочинство таку систему, яка викривила суть кримінального права у всіх країнах, що попали під її вплив.

ДІЯЛЬНІСТЬ ДУХОВНИХ СУДІВ В МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ (1918−1939 РР.)

Липитчук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією із найбільш складних галузей цивільного права в міжвоєнній Польщі, яке потребувало уніфікації та кодифікації, було приватне сімейне право. Успадковане від різних колишніх держав-завойовників, воно було надзвичайно суперечливим і представляло три системи: світську (колишня прусська територія), згідно якої шлюб укладався цивільним договором, а юрисдикція в сімейних справах належала до загальних судів; церковну (російська територія), яка визнавала виключно релігійну форму утворення сім'ї з церковною юрисдикцією християнських віросповідань; змішану (австрійська територія), яка допускала сімейний договір в альтернативній формі: церковній − у випадках визнаного в державі віросповідання або світській − для осіб інших віросповідань та невіруючих.

У 1931 р. був опублікований проект сімейного права, підготовлений професором Варшавського університету К. Лютостанським, який спирався на сучасні засади, містив багато оригінальних рішень, що було значним досягненням польської юридичної науки міжвоєнного періоду. Шлюб, як світська інституція повинен був укладатися шляхом цивільної процедури для всіх громадян держави незалежно від їх національності та віросповідання. З погляду на вікові традиції проект передбачав альтернативну форму укладення цивільного шлюбу: для світського − церква мала надіслати протокол шлюбу до відділу запису громадянських актів, на підставі якого складався акт про шлюб, а для церковного цей відділ надавав свідчення про відсутність цивільних перешкод для укладання шлюбу. Проект передбачав судове розлучення, рівність подружжя, передачу юрисдикції по сімейних справах загальним судам, охорону інтересів неповнолітніх дітей. Оскільки проект викликав протести, особливо з боку католицького Костьолу, уряд, намагаючись уникнути конфлікту, не прийняв політичного рішення та не переслав проект до сейму, а відтак він не став чинним.

У 1937 р. був опублікований підготовлений К. Лютостанським проект майнового сімейного права, який грунтувався на засаді рівних майнових прав чоловіка та жінки. Законодавці запропонували нову, незнану для Польщі систему поділу майна: упродовж подружнього життя кожний із подружжя зберігав за собою своє майно і міг ним розпоряджатися; у випадку припинення шлюбу майно обидвох сторін об'єднувалося і поділялося порівну між подружжям або їх спадкоємцями. Робота над завершенням проекту була перервана війною.

Успадковані родинне та опікунське право було значно розроблено, однак низка його положень застаріла. Зокрема, досить ускладненою була процедура усиновлення і тільки у 1939 р. був прийнятий закон, який містив сучасну засаду усиновлення в інтересах дітей. Залишалося і надалі дискримінаційне становище позашлюбної дитини та її матері. Покращення їх положення мав реалізувати проект закону про правові стосунки між батьками і дітьми (професор Ягеллонського університету у Кракові С. Голомб) та положення про опікунські

© Липитчук О., 2008

установи (професор Ягеллонського університету у Кракові В. Яворський, К. Лютостанський). Обидва проекти були опубліковані у 1938 р., викликали широкі дискусії, які перервала війна.

Уніфікацію спадкового права польські законодавці не вважали нагальною, тому розробка цих питань у міжвоєнний період не вийшла за межі дискусій. Цьому сприяли також проблеми соціально-економічного розвитку, а саме, безробіття, низькі прибутки, недостатня кредитна допомога держави тощо.

Тому упродовж усього міжвоєнного періоду в Польщі в галузі приватного сімейного права чинними залишалися закони колишніх держав-окупантів. Було успадковано 50 застарілих законів, декретів, царських указів, які діяли на різних територіях і суперечили один одному. Якщо на колишніх прусській та австрійській територіях юрисдикція в сімейних справах належала державним судам, то на колишній російській території сімейні питання відносили виключно до компетенції духовних судів, причому для католиків, православних, протестантів та уніатів діяло окреме, відповідно до віросповідання церковне судочинство. Сімейні справи у випадках інших віросповідань підлягали компетенції загальних судів. На цій території держава практично не здійснювала контроль за духовними судами.

Польським законодавцям вдалося врегулювати тільки деякі питання сімейного законодавства, а саме: скасувати обов'язковий переїзд жінки до чоловіка у випадку зміни ним місця проживання, а також давнє положення про покірність жінки перед чоловіком як голови сім'ї; заборону вступу до шлюбу без дозволу начальства для деяких категорій державних чиновників (військових); окреслити компетенцію духовних судів у випадках змішаного з точки зору віросповідань подружжя (Найвищий суд скасував упривілейоване становище православної релігії в такому подружжі). У конфліктних випадках, коли недостатніми були компетенція суду і права, в сімейних справах застосовувалися приватне міжнародне право.

Однак практика духовних судів в міжвоєнний період спричиняла багато проблем у вирішенні таких важливих питань, як, наприклад, заключення або розірвання шлюбу. З найбільшими труднощами стикалися при спробах розірвати шлюб (це було особливо актуальним у 1920-і рр., коли їх кількість значно зросла, що було закономірним післявоєнним явищем). Традиції польського суспільного життя вимагали, щоб попередній шлюб був розірваний, а новий створений згідно "букви" права із збереженням форм, що відповідали віросповіданню. Тому більшість намагалися формально залагодити справи. Однак духовні суди по-різному вирішували ці питання. Найсуворішими були протестантські та кальвіністські консистори, які дуже прискіпливо розглядали справи, навіть якщо сім'я вже давно розпалася. Католицькі консистори інколи, "заплющували очі" на різні "домисли" консисторських адвокатів та розривали шлюб. Легше було отримати розлучення в православних консисторіях, де кількість визнаних причин розлучення була більшою і коштувало це дешевше. Навіть в загальних судах на колишній прусській території, де чинним було світське сімейне право, складно було розірвати шлюб. Тому інколи особа переїжджала на іншу територію, де, проживши рік, могла скористатися зручним для неї сімейним правом.

Ще складніше було отримати розлучення, коли подружжя мали різні віросповідання. Часто у таких випадках сторони потрапляли у безвихідь.

Громадянин опинявся у становищі, коли змушений був вдаватися (щоб отримати розлучення) до зміни релігії, навіть всупереч своїх переконань. Отже, така практика приводила скоріше до всіляких спотворень і порушень моралі, в ім'я якої мали діяти духовні суди, ніж до її дотримання. Ще більше така ситуація принижувала поняття єдиної та суверенної держави.

Були випадки, коли духовні суди виносили рішення, які суперечили державному праву. Особа, яка одержувала рішення духовного суду про недійсність шлюбу, могла вдруге вступити у шлюб, який продовжував цивільні наслідки (спадкові). Так виникало легальне двоєженство: перший шлюб і надалі існував для права цивільного і другий також визнавався загальними судами (при розгляді питань спадку або отримання пенсій обидві жінки отримували порівну). Ці аномалії не можна було уникнути, оскільки членів духовних судів за порушення державних законів не притягали до відповідальності.

Видані Найвищим судом щорічники про судову практику свідчили, що значна кількість вироків консисторських судів була визнана цим судом як такими, що суперечили нормам державного цивільного процесуального права (при тому, що до Найвищого суду доходила тільки незначна кількість таких справ). Тому в юридичній пресі часто наголошувалося про необхідність прокурорського контролю за рішеннями консисторських судів та їх відповідності цивільному процесу. Лунали голоси, що консисторські вироки, які були прийняті з порушенням процесуального права, повинні вважатися як недійсними. Однак цієї засади не дотримувався навіть Найвищий суд, тому практика консисторських судів часто продовжувала ускладнювати вирішення сімейних справ.

СТРУКТУРА ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА (1849-1918 РР.)

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Революція 1848 р. стала переломним моментом для Австрійської імперії. Необхідність змін у політичній сфері стала очевидною. 25 квітня 1848 р. уряд видав першу австрійську конституцію і хоча її дія вже 10 травня цього ж року була призупинена і з часом (1849) видана нова конституція, для країни почався період званий деякими істориками "періодом конституційних експериментів". Він завершився 1867 р. утворенням Австро-Угорської дуалістичної монархії та прийняттям нової Австрійської конституції. На протязі вказаних дев'ятнадцяти років суттєвих змін зазнав увесь державний апарат монархії.

Вже конституцією 1849 р. проголошувалось про заміну губерній на чолі з губернаторами на намісництва під керівництвом намісників. Найважливішою відмінністю між намісництвом з одного боку та бувших губернських правлінь з іншого було те, що усунуто існуючий до того часу колегіальний спосіб прийняття рішень, та запроваджено принцип одноособової відповідальності намісника за діяльність довіреної йому установи. Однак згодом було прийнято рішення про створення намісництв на чолі з намісниками лише у найбільших адміністративно-територіальних одиницях австрійської імперії (Зокрема і у Галичині), у решті країв (а саме в Буковині, Зальцбурзі, Карінтії, Крайні, Сілезії і Штирії) керували крайові президенти.

Крайові установи, що знаходилися у віданні намісника, називалися намісництвом.

Відповідно до закону від 14 вересня 1852 р., затвердженого спільним розпорядженням міністрів внутрішніх справ, фінансів і юстиції від 19 січня 1853 р. намісник був єдиноначальним главою краю. Він здійснював безпосереднє керівництво намісництвом, крайовою фінансовою дирекцією, шкільною радою, дирекціями поліції та різноманітними комісіями (дисциплінарною, медичною тощо). Саме намісництво складалося з президіального бюро та департаментів. Група „С" розпорядження, що називалася „Найвищі постанови про створення намісництв та їх правовий статус" складалась з трьох розділів, 49 параграфів та Додатку. У першому розділі „Апарат намісництва" зазначено, що намісництво складається з намісника, його заступника, радників намісництва, секретарів, практикантів і ін. допоміжного персоналу. Тим же розпорядженням встановлювалась тарифна сітка посадових окладів намісництв. За нею намісник отримував заробітну плату від 6 до 8 тисяч золотих ринських (ринський – тогочасна Австрійська валюта), плюс безкоштовне житло (на практиці це був величезний будинок у центрі міста) та кошти на представницькі витрати у розмірі від 4 до 8 тисяч золотих ринських. Для порівняння зазначимо, що платня, скажімо, портьєра намісництва не перевищувала 216 ринських.

У 1859 р. намісництво налічувало близько 170 працівників, серед них сам намісник, його перший заступник, придворний радник, 9 радників намісництва, медичний радник, інспектор гімназій, інспектор народних шкіл, десять

© Моряк-Протопопова Х., 2008

секретарів, дванадцять канцеляристів, вісімдесят чотири практиканти-конципісти, директор допоміжних установ, три ад'юнкти та ще близько 35 чоловік допоміжного персоналу (слуги, прибиральниці тощо).

Кількість департаментів у намісництві постійно змінювалася від 8-ми у другій пол. у 19 ст. до 37 у 1912 р. Оскільки ряд попередніх департаментів згодом ділились на два-три, а іноді навіть на чотири окремі департаменти то до їх номерів стали додавати ще літери латинського алфавіту.

Розпорядженнм намісника від 26 вересня 1908 р. департаменти Галицького намісництва розподілялися по чотирьох секціях на чолі з віце-президентами або радниками двору. Перша секція, яка у 1910 р. налічувала шість департаментів (з першого по шостий) займалася організаційними, поліцейськими, громадськими і військовими справами. Друга секція (сьомий – десятий департаменти) відала справами санітарії та містобудівництва. Третя секція відповідала за релігійні справи (одинадцятий – чотирнадцятий департаменти). Та, нарешті, четверта секція (п'ятнадцятий – сімнадцятий департамент) займалася справами промисловості та місцевої культури. Перзидіальний департамент знаходився на окремому положенні та не входив до складу жодної з перелічених секцій, і саме цей департамент вирішував усі найбільш важливі питання управління краєм.

В загальних рисах, компетенція кожного з департаментів була наступною:

І-й депаратамент (з 1914 р. поділений на департаменти 1-а та 1-в)– ведення канцелярії намісництва, особових справ його службового персоналу, забезпечення публікації крайових законів та розпоряджень, відав фіскальними, кадастровими питаннями, організація статистичної роботи краю;

ІІ-й департамент – відповідав за місцеву поліцію, паспортний контроль;

ІІІ-й департамент – відав питаннями громадських і поміщицьких дворів, проводив конкурси на виділення земельних ділянок з табулярних маєтків;

ІV-й департамент – займався питаннями надання громадянства та виходу з нього та справами про волоцюг;

V-а департамент – займався військовими справами;

V-в департамент – відповідав за розквартирування війська, військові навчальні заклади та надання допомоги особам, які отримали каліцтво на військовій службі;

VІ-й департамент – займався питаннями адміністративно-фінансової служби;

VІІ-а департамент – займався адміністративними питаннями санітарії, курортами, аптеками і. т. п.;

VІІ-в департамент – контролював санітарний станом різноманітних установ, якість продуктів споживання;

VІІІ-а департамент – відав адміністративними питаннями водних шляхів, меліорації та водної поліції;

VІІІ-в департамент – керував водним будівництвом та давав технічні висновки у цій галузі, відав справами гідрографії;

ІХ-а департамент – займався питаннями доріг і залізниці;

ІХ-в департамент – вирішував технічні питання, що стосувалися шляхів;

Х-й департамент – займався питаннями архітектури;

XI-a департамент – призначав парафіяльних священників, давав дозвіл на утворення нових парафій, організовував збір пожертв на церкви та ін.;

XI-в департамент – управляв церковними маєтками, духовними семінаріями, установами по розвідуванню корисних копалин;

XII-й департамент – займався питаннями віросповідання не католиків і євреїв;

XIII-й департамент – розглядав справи ощадних кас, кредитних установ, різних товариств та благодійних закладів;

XIV-й департамент – управляв школами, відповідав за охорону пам'яток давнини і мистецтва;

XV-a департамент – займався справами торгово-промислових палат;

XV-в департамент – керував справами кас хворих і промислових товариств;

XV-c департамент – слідкував за виконанням законодавства у сфері промисловості;

XV-d департамент – наглядав за справами страхування працівників від хвороби чи нещасних випадків;

XVI-й департамент – відав охороною лісів, полюванням і риболовством, видачею дозволів на мисливську зброю;

XVII-й департамент – керував ветеринарною службою.

35 травня 1918 р. було створено господарчий департамент намісництва. До його компетенції належало виділення необхідного матеріального забезпечення відділам Намісництва та здійснення контролю та нагляду за їх діяльністю у цій сфері.

Рішенням президії Галицького намісництва 5 січня 1917 р. було створено апробаційний відділ з поділом на шість секцій. За кожною з секцій закріплювався обов'язок наступного схвалення та реєстрації актів певних визначених департаментів.

На протязі 1849-1918 рр. при намісництві створювалися та ліквідовувалися ще й різноманітні комісії, зокрема, дисциплінарна комісія. Вона розглядала дисциплінарні правопорушення працівників намісництва. У 1918 р. до її складу могли входити: старости, директор поліції м. Львова та Кракова, начальник відділу регуляції річок, інспектор мір і ваг м. Львова, ректори Львівського та Ягелонського університетів, Львівської плітехніки, Ветеринарної академії та деякі інші посадові особи (ректор Академії мистецтв у м. Кракові, керівник секції забудови гірських потоків і ін.). Серед інших можна назвати Крайову комісію у справах відкупу та врегулювання земельних податків, комісію по стягненню податку від реалізації алкогольних напоїв, регуляційну комісію (відала регуляцією рік, потоків), медичну комісію, екзаменаційну комісію для лікарів та ветеринарів, комісію для захисту лісонасаджень і ін.

Ще при губернському правлінні була створена мережа допоміжних установ. Вона щоразу змінюючи назву і продовжила свою діяльність у складі намісництва. До її компетенції входили: організація і контроль над діяльністю канцелярій при департаментах; ведення подавчого протоколу (реєстрація вхідної та вихідної документації); керівництво архівом намісництва; забезпечення канцелярськими службовцями усіх департаментів та вирішення інших різноманітних адміністративно-господарських питань.

Це далеко не повний перелік усіх відділів і установ, які діяли при намісництві, однак, зазначені можна вважати найбільш важливими та тісно пов'язаними з безпосередньою діяльністю вказаного органу. Також поза увагою залишились Крайова фінансова дирекція, Крайова шкільна рада, Дирекції поліції у м. Львові і Кракові. Діяльність цих установ була безпосередньо підпорядкована Намісникові і заслуговує на окреме висвітлення.

Для прийняття працівника на роботу в намісництві чи підпорядкованих йому потрібен був висновок дирекції поліції про її моральну та політичну поведінку. Цей висновок засвідчував відсутність перешкод для прийняття на державну службу. При тому очевидна перевага надавалася особам польської або австрійської національності.

Формально контроль за діяльністю намісника здійснював Галицький крайовий сейм. Однак його можливості в даному питанні були надто обмеженими. Крім того, що намісник провіряв та оголошував виборчі списки до сейму, видавав обраним депутатам відповідні посвідчення, він сам або призначені ним урядові комісари брали участь у роботі сейму, а намісництво готувало та подавало до сейму урядові законопроекти. Також не було передбачено жодної юридичної відповідальності намісника перед сеймом.

Датою ліквідації Галицького намісництва можемо вважати березень 1919 р. коли вийшло розпорядження Ради міністрів Польської Республіки, за яким до урядової президії переходили усі повноваження намісника, а кількома днями пізніше прийнято було розпорядження Начальника держави (Ю. Пілсудського) про призначення замість намісника Генерального представника уряду у Галичині.

СПІВПРАЦЯ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ З ІНШИМИ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ (1849 – 1918 РР.)

Панич Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з передумов якісного функціонування органів державної влади є налагодження їх співпраці з іншими державними інститутами. Значної актуальності дане питання набуває і в сучасній українській державі, оскільки процес вдосконалення функціонування та діяльності усіх гілок влади в Україні триває. Особливу роль у даному контексті може і повинне відігравати врахування історико-правового досвіду вітчизняного державотворення. Зокрема, значної уваги заслуговує співпраця органів прокуратури з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування в Галичини у складі Австрії та Австро-Угорщини у 1849-1918 роках.

Інститут прокуратури було запроваджено в Галичині постановою австрійського імператора «Про основні риси судочинства» у 1849 році . Згідно даної постанови посади прокурорів були запроваджені при кожному повітовому, повітовому колегіальному судах, а також при Крайовому суді краю. Також запроваджувалася посада вищого державного прокурора при Вищому крайовому суді. Починаючи з 14 червня 1849 року, діяльність органів прокуратури регулювалася «Органічним законом про прокуратуру».

12 червня 1855 року австрійським урядом шляхом прийняття окремої постанови було утворено Вищу державну прокуратуру у м. Львові (Oberstaatsanwaltschaft, Nadprokuratorya Panstwowa we Lwowie) та державну прокуратуру у м. Львові (Staatsanwaltschaft, Prokuratura panstwowa we Lwowie).

Однією із вагомих передумов ефективної діяльності прокуратури імперії, в тому числі і на території Галичини, було налагодження співпраці цього інституту з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування. Усвідомлюючи значення цього, австрійський, а згодом і австро – угорський законодавець при прийнятті нормативних актів значну увагу звертав і на правове забезпечення такої співпраці.

Основні положення, якими на законодавчому рівні було закріплено таку взаємодію органів прокуратури, містилися у кримінально- процесуальних кодексах Австрії та Австро-Угорщини. Такими кодексами, зокрема, були:

1. Тимчасовий кримінально-процесуальний кодекс Австрії від 17 січня 1850 року;
2. Кримінально-процесуальний кодекс Австрії від 29 липня 1853 року;
3. Кримінально-процесуальний кодекс Австро-Угорщини від 23 травня 1873 року.

Аналіз імперського законодавства дозволяє простежити процес його поступового вдосконалення по врегулюванню даного питання. Так, якщо з

© Панич Н., 2008

введенням в дію тимчасового кримінально-процесуального кодексу 1850 року повноваження органів прокуратури при виконанні ними своїх функції були сформульовані дуже узагальнено і містилися у різних розділах кодексу.

У кримінально – процесуальному кодексі 1853 року дані повноваження набули більш чітких рис та були узагальнені у трьох статтях. Попри те, що дані статті містилися і розділі «Про органи судочинства в кримінальних справах та їх сферу компетенції у загальному», їх норми поширювалися і на імперські органи прокуратури – параграф 26 розділу «Про сферу компетенції органів прокуратури та їх відносини з органами судочинства» містив відсильну норму про закріплення за органами прокуратури передбачених у даних статтях повноважень.

Найбільш досконалим у даному контексті був кримінально-процесуальний кодекс 1873 року, оскільки у цьому акті повноваження органів прокуратури були систематизовані та узагальнені.

Висвітлюючи питання співпраці органів прокуратури з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування, слід звернути увагу на той факт, що, в основному, така співпраця здійснювалася при виконанні органами прокуратури своїх функції по кримінальних справах. Зокрема, старости міст та сіл за дорученнями Галицького намісництва повідомляли прокуратурі про факти вчинення окремими особами діянь, які містили ознаки злочинів. Наприклад, 4 червня 1875 року староста м. Дрогобич повідомив Вищій державній прокуратурі про 13 фактів самокалічення юнаків призовного віку з метою уникнення ними призову до австро-угорської армії.

Для виконання покладених на них завдань органи прокуратури в Галичині мали право звертатися до усіх без винятку органів державної влади та місцевого самоврядування з запитами. Австрійський законодавець при формулюванні даної правової норми використав словосполучення «der Staatsanwaltschaft hilfreiche Hand zu bieten» – «надавати прокуратурі руку допомоги». Так, зокрема, 22 серпня 1871 року Галицьке намісництво повідомило на запит Вищої державної прокуратури детальну інформацію про факт появи у м. Перемишль невідомої особи, яка цікавилася фортифікаційними спорудами міста, чим привернула до себе увагу.

Дані повноваження щодо надіслання запитів поширювалися не лише на австрійські, а згодом і австро-угорські, але й закордонні інституцій. Імперські установи були зобов'язані максимально швидко виконувати ці запити.

В разі затягування або невиконання запитів чи вказівок прокуратури, останні мали право звертатися до вищестоячих органів з повідомленнями про дані факти. Варто звернути увагу, що законодавче регулювання даної процедури у австро – угорському законодавстві було доволі невизначеним. Так, зокрема, згідно § 57 тимчасового кримінально-процесуального кодексу Австрії від 17 січня 1850 року у разі затягування або невиконання таких вказівок прокурори могли звертатися з заявами про це на адресу Генерального прокурора. Згідно кримінально-процесуального кодексу Австрії від 29 липня 1853 року такі заяви підлягали надісланню Вищому державному прокурору, що, на наш погляд, було значно ефективнішим, оскільки Вищий державний прокурор був більш обізнаний у справах коронного краю і мав можливість значно оперативніше реагувати по таких фактах. Однак у кримінально-процесуальному кодексі Австро-Угорщини від 23 травня 1873 року норма з вказівкою адресата таких заяв взагалі відсутня, що дає можливість припускати наявність права вибору такого адресата при надіслані таких заяв.

Звернення органів прокуратури оформлялися у формі запитів про вчинення тих чи інших дій, наприклад, надання для ознайомлення документів або повідомлення про їх зміст у разі, якщо безпосереднє надання могло б негативно позначитися на тривалості розслідування справ.

Доволі тісною була і співпраця органів прокуратури в Галичині з органами місцевого самоврядування, які зобов'язані були виконувати вказівки (Weisungen) прокуратури.

У разі звернення до органів державної безпеки формою таких звернень вже були розпорядження (Anordnungen), обов'язкові до виконання як самими органами безпеки так і усіма їх працівниками, в тому числі і позаштатними. Аналіз архівних матеріалів свідчить, що органи прокуратури в Галичині часто зверталися до органів державної безпеки з розпорядженнями про конфіскацію тиражів газет чи журналів, матеріали яких становили загрозу для імперського правління. Так, зокрема, 18 квітня 1878 року державна прокуратура у м. Львові звернулася з розпорядженням до комісара поліції про конфіскацію накладу часопису «Dwutygodnik polski» № 12 від 16 квітня 1878 року. Також 14 листопада 1890 року державна прокуратура у м. Львові розпорядилася конфіскувати наклад часопису «Червона Русь» № 248 від 3/15 листопада 1890 року. Органи поліції зобов'язувалися, в свою чергу, доповідати прокуратурі про результати виконання даних розпоряджень.

Починаючи з 1853 року, працівники прокуратури була наділені правом використовувати зброю для виконання покладених на них функції. Дане положення було збережене у кримінально-процесуальному кодексі Австро-Угорщини 1873 року.

Питання співпраці органів прокуратури з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування в Галичині у складі Австрії та Австро- Угорщини у сучасній правовій літературі до сьогодні практично не висвітлене. Водночас актуальність такого вивчення стає дедалі очевиднішою. Причиною цьому є успішне запозичення історико-правового досвіду діяльності прокуратури австрійської та австро-угорської імперії органами прокуратури Республіки Австрія та Федеративної республіки Німеччини. У цих країнах інститут прокуратури, успішно використовуючи такий досвід, розвивається стабільно та поступово. Саме тому лише позитивний ефект матиме врахування такого історико-правового досвіду органів прокуратури в Галичині у складі Австрії та Австро – Угорщини у 1849 – 1918 роках і в умовах функціонування прокуратури сучасної української держави.

ВІРМЕНСЬКИЙ СТАТУТ 1567 Р. ТА ЙОГО ВПЛИВ НА ПРАВОВИЙ СТАТУС ВІРМЕНСЬКИХ ГРОМАД ПОДІЛЛЯ

Попович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах розвитку демократії в Україні спостерігається підвищення інтересу до традицій, історії, самобутності, мови окремих національностей, які становлять разом з корінною нацією український народ. Важливим чинником щодо забезпечення соціально-економічних, культурних, політичних прав кожної нації в Україні повинна стати ефективна державна політика по відношенню до кожної національності, враховуючи її історію, менталітет, традиції тощо. Збереження і повноцінний розвиток всіх національностей України, як видається, буде неможливим без всебічного та об'єктивного вивчення історії правового статусу окремих народів, їх правових надбань тощо.

Серед багаточисленних національностей, які в силу певних історичних обставин, переселилися на українські землі впродовж історичного розвитку, можна відзначити росіян, євреїв, вірмен, поляків та ін.

Певний інтерес викликає вивчення особливостей регулювання правових відносин у вірменських громадах Поділля (XIV-XVIII ст.).Як відомо, вірмени переселилися на українські землі ще за часів Київської Русі XI ст. Згодом вони розселилися на інші українські землі, а значна їх група осіла на Поділлі. У XIV–XVIII ст. вірменські поселення існували у Кам'янці-Подільському, Язлівці, Барі, Могилеві-Подільському, Рашкові та ін. Активність переселення вірмен на Поділля пов'язана з наданням деяким містам магдебурзького права, яке сприяло їхній самоорганізації в національні громади. Так, наприклад, місто Кам'янець-Подільський, отримало магдебурзьке право у 1374 р., в результаті чого у місті сформувались чотири громади: українська, польська, єврейська і вірменська. Протягом XIV –XVIII ст. вірмени, зокрема на Поділлі, мали свої самоврядні органи, суд, церкву, школу тощо.

З виникненням вірменських громад у містах Поділля виникла необхідність створення власного суду. Це було пов'язано, наприклад, з тим, що вірмени були активними учасниками цивільних правовідносин. Вони створили ремісничі організації: братства, здійснювали внутрішню і зовнішню торгівлю тощо. Подільські вірмени брали участь у великих ярмарках ряду європейських країн (Англії, Голландії, Німеччини, Італії), Сходу (Туреччина) та ін. Між вірменами виникали майнові суперечки, які необхідно було вирішувати в суді. Саме тому виникала необхідність створення вірменського суду для вірменських переселенців.

У історико-правовій літературі немає одностайності щодо початку діяльності вірменського суду на Поділлі. Більшість дослідників (О.Бальцер, В.Григорян, Я. Дашкевич та ін) вважають, що вірменський суд у Кам'янеці-Подільському було створено у 1496 році. Проте, можна припустити, що вірмени створили суд відразу після створення вірменської громади приблизно в кінці 1390 років. Їм необхідно було вирішувати майнові суперечки, конфлікти. Для подільських вірмен створення

© Попович О., 2008

власного суду не було новиною. Адже найбільш авторитетний збірник норм вірменського права – Судебник Мхітара Гоша, який був складений у 1184 р. у Вірменії і перевезений на українські землі, передбачав порядок формування суду. Тому можна припустити, що вірмени, переселяючись і створюючи свої громади на українських землях, використовували Судебник М.Гоша для формування суду та врегулювання суспільних відносин серед одновірців, зокрема, порядок створення і діяльності судів, здійснення судочинства тощо. Проте у процесі здійснення правосуддя на практиці часто виникали проблеми щодо правильного застосування норм вірменського права у судах та вірмен з державними органами, які були написані незрозумілою для королівської та місцевої влади старовірменською мовою. Іноді це приводило до суперечок вірменської старійшини з польською владою щодо тлумачення ряду норм вірменського права.

Для усунення цих суперечностей на початку XV ст. подільські вірмени створили спеціальну комісію, яка підготувала проект вірменського статуту, який був затверджений польським королем Сигізмундом I під назвою "Statuta Juris Armenici" (Вірменський статут). В історико-правовій літературі деякі вчені називають його "Статутом польських вірмен", "Статутом львівських вірмен". Цей нормативно-правовий акт регулював правові відносини подільських вірмен (Кам'янець-Подільський, Язлівець, Бар, Рашків та ін.). Його аналіз дає право стверджувати, що він фактично був повторенням Вірменського статуту 1519 р. Вірменський статут 1567 р. складався з двох частин. Перша частина містила 10 ненумерованих статей, друга – 124 розділи, більшість яких базувалася на вірменському середньовічному Судебнику М.Гоша, Старому та Новому завіті, магдебурзькому праві, канонічному праві. Вірменський статут містив норми церковного, шлюбного, цивільного, кримінального права.

Обидві частини Вірменського статуту та кожна з них побудовані так, що норми одних і тих же галузей права повторяються як і в першій, так і в другій частині статуту.

Вірменський статути 1567 р. приділяв значну увагу матеріальному праву і майже не містили норм процесуального права. Виходячи з цього, можна припустити, що відсутність процесуальних норм у Статуті спонукали галицьких і подільських вірмен до створення процесуального статуту, який отримав назву "Порядок судів і справ вірменського права" (далі – Порядок) і був перекладений на польську мову в 1604 р.

„Порядок" поширювався, зокрема і на подільських вірмен, регулюючи процесуальні відносини під час здійснення судочинства.

Аналіз Вірменського статуту 1567 р. свідчить, що значну увагу було приділено регулюванню цивільних та кримінальних відносин у вірменських громадах Поділля (XIV-XVIII ст.).

Наприклад, щодо кримінального права, Вірменський статут не визначав вік, з настанням якого особу можна було притягнути до кримінальної відповідальності за вчинення злочину. Не зважаючи на це, під час притягнення до відповідальності за вчинення злочину брався до уваги вік, але не винного, а потерпілого.

Незважаючи на відсутність у Вірменському статуті конкретних норм, які б розкривали суть понять *"власність"* і *"володіння",* вони були вже відомі старовірменському праву. Відповідно до ст. IX Статуту 1567 року, майно

поділялося на рухоме та нерухоме. Відтак вірменське право регулювало порядок набуття і втрати нерухомого майна, яке знаходилося у місті і перебувало у власності вірмен, а за межами міста, незалежно від того, у чиїй власності перебувала нерухомість, діяло магдебурзьке або земське право. З часом всі справи щодо нерухомого майна перейшли до підсудності міського суду, який діяв відповідно до магдебурзького права.

Такими, що володіють певним майном, вважалися заставодавець, заставодержатель та набувач користі з майна, тому право відрізняло їх від власника, застосовуючи поняття "право користування майном".

Стаття 37 Статуту 1567 р. "Про вірну руку" постановляла, що заставодержатель, який володів майном, даним йому як заставу, відповідав перед власником за ушкодження або втрату заставленого майна. З цієї статті випливало, що заставодержатель не мав права розпоряджатися заставою або утримувати з неї користь, яке було складовим елементом поняття володіння.

У статті 41 Вірменського статуту 1567 р. про заставу наголошувалося: "... якщо користувач заставленого майна отримав від нього (майна), переданого йому в користування, більше користі, ніж вартість застави, тоді він повинен повернути залишок власнику застави". Із цієї статті випливало, що заставодержатель мав право отримувати користь з майна переданого йому у заставу, але з певними обмеженнями, тобто з урахуванням інтересів власника.

Відповідно до ст. 45 набувач вигоди з поля, якому через бідність продано право користування, не тільки володів цим полем, але й володів правом отримувати з нього вигоду. Власник, або його близькі родичі, мали можливість викупити у володільця право користування цим полем протягом семи років. Після закінчення терміну викупу, якщо поле не було викуплено власником або його родичами, володілець ставав власником цього поля. Вірменський статут 1567 р. встановлював, якщо майно продавалось не через бідність продавця, то термін його викупу становив один рік , проте Статут змінив цю норму, постановивши, що термін викупу у кожному конкретному випадку повинен вирішуватися судом.

Ширше у Вірменському статуті 1567 р. врегульовано інститут права власності. Про власність і власників визначалося у ст. 26, 28, 31, 35, 38, 39, 45 Вірменського статуту 1567 р.. Використовуючи предмет своєї власності, власник зазнавав певних обмежень стосовно інтересів інших власників або просто інших людей.

Вірменський статут 1567 р. розрізняв форми набуття власності: власність набута первинним або похідним способами. До набуття власності первинним способом відносилося заволодіння майном, яке не мало власника або було набуте як військовий трофей. Таке володіння вважалося правомірним і власник майна, набутого у такий, спосіб міг розпоряджатися ним на свій розсуд (Статут, ст. 107).

Згідно ст. 86 Статуту 1567 року заборонялося присвоєння майна із розбитого корабля. Детальніше врегульовував Статут право знахідки. У ст. 63 зазначено: "... якщо будь-хто знайшов худобу, що заблукала, повинен віднайти її власника і передати йому знахідку, не вимагаючи нагороди. Якщо власник не був знайдений, потрібно повідомити про знахідку місцеву владу". З часом, якщо власник худоби не зголосився, знайдена худоба переходила у власність того, хто її знайшов.

Особливу увагу Статут приділяв знаходженню скарбів. У Вірменському статуті 1567 р. було передбачено правило за яким знайдений скарб був власністю короля, тоді він повертався у королівську скарбницю, а власник землі, який знайшов цей скарб, отримував подвійну десятину (двадцяту частину скарбу); якщо скарб знайдено на чужій землі, тоді власник землі отримував подвійну десятину, а той, хто знайшов – одну. Якщо скарб був власністю пана або магната, то він переходив до його спадкоємців. Якщо скарб знайдено в землі, яка не належала спадкоємцям, тоді десятину отримували власник землі, той, хто знайшов скарб, та королівська скарбниця.

Таким чином, розробка і затвердження Вірменського статуту 1567 р. мало позитивний вплив на реалізацію правового статусу вірменськими поселенцями на Поділлі. Це сприяло забезпеченню соціально-економічних та культурних прав вірменських поселенців.

Завдяки прийняттю і чинності Вірменського статуту 1567 року вірменські громади Поділля, просто вірменським поселенцям вдалось створити сильну судову-правову автономію у містах Поділля у вигляді вірменського війтівства та вірменського суду.

ВИНА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО

Сеньків Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Злочини за Литовськими статутами є умисними та неумисними (необережними).

Умисел. Першою ознакою умислу є *усвідомлення*. Діяльність злочинця в умисному злочині є діяльністю, перш за все, усвідомленою. «Коли би хто листи або печаті наші фальцював (підробляв), або ними пользувався, такий має бути караний вогнем» (5 артикул І розділу І Литовського статуту); з цього положення випливає, що винний знає, про підробку листів або печаток, які є у нього, проте він користується ними; в даному випадку маємо справу з умисним діянням. Вступ у шлюб осіб, які перебувають в певному ступені кровного споріднення, – кримінальне діяння лише в тому випадку, коли ці особи знають про існування такого споріднення між ними; навпаки, вступ у шлюб за умови «невідомості» (незнання) про таку родинність – незлочинне діяння.

Двоєженець у будь-якому випадку підлягає смертній карі, з його сторони має місце усвідомлене діяння. Жінка, яка погодилася на шлюб з одруженим підлягає такому покаранню лише за умови, що вона знала про це.

За переховування злочинця підлягає відповідальності лише особа, яка знала, що переховуваний вчинив якийсь злочин; якщо ж ця особа не знала про це, то її діяння не тягне настання кримінальної відповідальності.

Іншою істотною ознакою умислу є «хотіння» (*бажання)*. Вона вказує на той чи інший характер злочинного діяння і відображає ступінь суспільної небезпеки та караності його. Мотив не впливає на ступінь суспільної небезпеки і караності діяння. Вбивство незаконнонародженої дитини залишається вбивством незалежно від того, якими мотивами керувалася її мати – «почуттям сорому», страхом покарання, чи іншими мотивами; вбивство на дуелі карається смертною карою, не зважаючи на те, що вбивця захищав свою «поругану честь».

Мета іноді є передумовою злочинності діяння. «Поїздка в неприятельську землю із злим умислом» – діяння дозволене (12 артикул І розділу ІІІ Литовського статуту); «втеча в неприятельську землю з умислом злим на зраду та шкоду Господарю та Речі Посполитій» – злочин (6 артикул І розділу ІІІ Литовського статуту).

Аналізуючи положення Литовського статуту, які стосуються кримінального права, можна побачити, що важливою умовою для визначення юридичного характеру діяння є намір. Спричинення смерті іншій особі є злочином проти життя незалежно від того, якими мотивами керувався вбивця, яку мету ставив перед собою і яким способом діяв. Намір має також істотне значення при визначенні караності діяння. «При рівності деяких умов вчинення злочину, вбивство рахується більш тяжким злочином і несе більш суворе покарання, чим нанесення тілесних ушкоджень чи спричинення каліцтва» (17 артикул 11 Розділу ІІІ редакції Литовського статуту).

© Сеньків Ю., 2008

Неумисний злочин. 23 артикул 11 розділу ІІІ Литовського статуту має наступну назву: «Про неумисне, а пригодне мужобойство», в цьому артикулі наведено випадки неумисного вбивства. Внаслідок аналізу цих випадків ми зможемо дати визначення терміно поняття «неумисний злочин» за Литовськими статутами.

1-й випадок. Мисливець, стріляючи в птаха або звіра, вбиває людину. Цей випадок вбивства за сучасною теорією можна віднести до вбивства з необережності. Мисливець з хащі лісу стріляє в птаха, який сидить на верхівці дерева, і вбиває людину, яка заховалася між гілками. Заєць пробігає по полю, на якому косарі косять сіно, мисливець стріляє нібито в зайця, а попадає у косаря. Якщо ми припустимо, що в 1 і 2 випадках відсутній злочинний намір вчинити вбивство, все ж таки, на думку І. Малиновського, в 1 випадку має місце – випадкове діяння, а в 2 – необережна вина.

2-й випадок. У каменяра чи майстра вивертається з рук шматок дерева, цегла чи камінь і вбиває перехожого. При описанні цього випадку Литовський статут вживає слово «необачне», тобто з необережності. Але в якій обстановці діяв вбивця і чи можна було вимагати у нього обережності та обачності? Цього питання Литовський статут не торкається.

3-й випадок. Хтось рубає дерево, сокира випадає з рукоятки та завдає смертельну рану близько стоячій людині. Як в 1 і 2 випадках Литовський статут і тут не вказує, за якої обстановки було вчинено вбивство? Чи була можливість передбачити такий перебіг подій, уникнути його?

4-й випадок. Людина стріляє в якусь ціль, куля летить в іншу сторону і вбиває людину, яка проходила в цей час по іншу сторону гори. Можна припустити, що стріляючий не передбачав, що куля полетить в інший бік і вб’є людину, якої він і не бачив. З іншого боку, можливо, що стріляючий знав про недоліки своєї рушниці чи бачив перехожого.

Литовський статут називає наведені вище діяння неумисними або випадковими, не вказуючи при цьому в якій обстановці вони вчинялися. При цьому він дає цим діянням наступну характеристику: «Невольний убивця не мав причини бажати смерті убитому, убивство відбулося тільки завдяки випадковому збігу обставин, помимо волі і свідомості убивці». На мою думку, в наведеній характеристиці випадкових або необережних діянь законодавець намагається вичерпати всі ознаки випадку, але при цьому допускає ту ознаку, яка відокремлює випадок від необережності, – відсутність можливості передбачення негативних наслідків діяння.

Отже, у Литовських статутах неумисні діяння називаються випадковими; випадок ототожнюється з неумисністю і протиставляється умислу. Це протиставлення умисла і випадку («пригоди») відображається у багатьох артикулах Литовського статуту: «з пригоди, а не з умислу те убивство сталося» – так визначається неумисне вбивство у 27 артикулі 11 розділу ІІ редакції Литовського статуту; про неумисне пошкодження чийогось майна говориться: «неумисно з пригоди попсував» (13 артикул 10 розділу ПІ редакції Литовського статуту). Отже, ми можемо дійти висновку, що до неумисних діянь за Литовськими статутами відносяться насамперед всі випадкові діяння, а також ті, що вчинені з необережності.

Вчинення злочину з необережності. Сучасна теорія кримінального права характеризує необережне діяння наступним чином. Злочин вважається вчиненим з необережності, коли особа, яка його вчинила, передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності, але легковажно розраховувала на їх відвернення, або не передбачала можливості настання таких наслідків, хоч повинна була і могла їх передбачити.

Литовський статут не знає особливої категорії необережних діянь. Діяння, що мають всі ознаки необережності, відносяться в Литовських статутах то до умисних, то до неумисних діянь. Ми бачили вже, що випадки, наведені у 23 артикулі 11 розділу III редакції Литовського статуту, залежно від обстановки, можуть бути віднесені і до необережних діянь. Литовський статут надає їм характер випадкових діянь.

Всі випадки діянь, вчинених з необережності, що зустрічаються у Литовських статутах, можна віднести до 3 категорій:

1) Необережне діяння може бути наслідком іншого дозволеного діяння. Таким діянням є необережний підпал лісу; сюди ж можна віднести нанесення тілесних ушкоджень або спричинення смерті при катуванні. «Якщо катування не привело до зізнання, і особа, що піддавалася тортурам померла або отримала тілесні ушкодження при цьому, то особа, що застосовувала тортури підлягає тій же відповідальності, що й за необережне вбивство чи нанесення тілесних ушкоджень».

2) Необережні діяння можуть бути результатом інших заборонених дій. Сюди відносяться:

а) злочини, вчинені «в зваді» (тобто під час сварки). Наслідком сварки можуть бути нанесення тілесних ушкоджень або вбивство. І Литовський статут відносить злочини, вчинені під час сварки, до неумисних діянь. Вбивство, вчинене під час сварки, ототожнюється з випадковим вбивством. II Статут не визначає належності вбивства «в зваді», але покарання визначає менш суворе, ніж за умисне вбивство. III Статут розрізняє вбивство «в зваді», вчинене «зачинщиком», і вбивство «в зваді», вчинене тим, хто обороняється; в 1 випадку вбивство – умисне, в 2 – неумисне. «Зачинщик» свідомо направляє свою діяльність, передбачаючи результати «звади» і бажає настання цих результатів; вбивство, вчинене ним, – діяння умисне. Вбивство, вчинене тим, хто обороняється, – діяння небажане і неумисне («неумисно, але в обороні забив»), хоч легко передбачуване; останньої обставини Литовський статут не бере до уваги;

б) позбавлення життя при нанесенні тілесних ушкоджень. Часто дуже важко відрізнити, чи були нанесені тілесні ушкодження самостійним злочином чи замахом на вбивство, чи був у злочинця прямий умисел вбити чи у нього був умисел тільки нанести тілесні ушкодження, а смерть потерпілого – небажаний, хоча передбачуваний, наслідок тілесних ушкоджень? Литовський статут ототожнює умисне вбивство і вбивство шляхом нанесення тілесних ушкоджень. Умисне нанесення «смертельних ран» карається так само, як умисне вбивство;

в) такий же характер має позбавлення життя при самовільному позбавленні волі. Литовський статут не розглядає питання про те, чи був у винного умисел позбавити життя потерпілого чи смерть його небажаний наслідок позбавлення

волі, мордування, голоду? Литовський статут каже, що так як позбавлення волі, мордування, побої діяння умисні, то і за спричинення смерті за таких умов винний карається як за умисне вбивство;

г) нацькування собак. Можливе нацькування собак «із шалості», жартома, але можливе і з наміром спричинити шкоду здоров'ю іншої особи. Литовський статут не визнає цих розмежувань. Статут не бачить умислу у цьому діянні, а тому лише призначає штраф на користь потерпілого.

3) Необережні діяння, вчинені особами, які згідно свого статусу повинні проявляти особливу увагу, відносяться до діянь умисних. Наприклад, з під варти втікає в'язень, який був засуджений до смертної кари, і перебував під вартою до виконання вироку. Відповідальність буде нести наглядач, який повинен був присягнути, що «ця втеча сталася без його відома, і не через його недбалість»; принісши таку присягу, наглядач лише сплачує штраф потерпілому. Звідси висновок: якщо б в'язень втік з відома або внаслідок недбалості наглядача, то той би не обмежився лише штрафом.

«Прокуратор» (особа, яка виконувала функції сучасного адвоката) повинен уважно відноситися до інтересів свого клієнта; якщо він через свою недбалість наніс шкоду інтересам свого клієнта, то підлягав покаранню у вигляді ув’язнення строком на 4 тижня; недбалість «прокуратора» рівнозначна умислу.

Отже зі всього вищенаведеного можна зробити наступні висновки.

Литовський статут розрізняє дві форми вини – умисна і неумисна. Діяння називаються умисними при наявності усвідомлення («ведомості») і бажання («хотіння»); де немає усвідомлення і бажання, там – випадок («пригода»); випадкові діяння у Литовському статуті називаються неумисними. Литовський статут не знає вини необережної, як особливої форми вини; в одному випадку необережність рівносильна умислу («умисно з недбалості»), в іншому має місце необережність рівносильна випадку і відноситься вона до неумисних діянь. Тобто середнього ступеня між умислом і неумислом Литовський статут не знає.

Умисні злочинні діяння тягнуть за собою кримінальне покарання; неумисні є некараними. Неумисні діяння можуть спричиняти шкоду приватним особам. Так як невинно потерпілому у будь-якому випадку ця шкода повинна бути хоч частково відшкодована, то «пригода», неумисність не виключає сплати відшкодування чи штрафу на користь потерпілого.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ, СУТЬ, ДЕРЖАВНИЙ УСТРІЙ ГАЛИЦЬКОЇ СОЦІАЛІСТИЧНОЇ РАДЯНСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ (1920 Р.)

Тищик Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закінчилась Перша світова війна, але тривала громадянська війна в Україні. Вирішувалось принципово важливе для державницької історії України питання: бути їй суверенною соборною незалежною державою, чи тут буде встановлена під егідою і контролем Радянської Росії така ж сама радянська влада – влада більшовиків, яких не цікавили ні проблеми незалежності України, ні українська мова, історія та культура.

До літа 1919 р. іноземними державами (Польщею та Румунією) на західних землях України була задушена Західно-Українська Народна Республіка, а до кінця цього ж року радянськими більшовицькими військами – Українська Народна Республіка.

Західноукраїнські землі захопила Польща, яка 25 червня 1919 р. отримала на цю анексію згоду Верховної ради Антанти. Вони були спочатку офіційно перейменовані у «Східну Малопольщу», а потім у Польщу «Б» (на відміну від корінної Польщі «А»). Почалася інтенсивна колонізація цих земель та полонізація українського місцевого населення.

21 квітня 1920 р. правитель Польської держави Ю. Пілсудський підписав з С.Петлюрою, який в той час перебував у Варшаві, політичну конвенцію, а 24 квітня – військову, які отримали назву «Варшавського договору», про спільну боротьбу проти більшовицької влади в Україні. Остання тоді вже повністю перебувала під владою більшовиків, які проголосили тут Українську Соціалістичну Радянську Республіку (згідно з Конституцією від 10 березня 1919 р.).

25 квітня 1920 р. об'єднана польсько-українська армія розпочала наступ у Білорусії і Україні, та вже 6 травня зайняла Київ. Радянський уряд Росії на чолі з В. Леніним кинув на західний фронт значні сили – декілька армій, у т.ч. Першу кінну під командуванням С. Будьонного. Було утворено два фронти: Західний під командуванням М. Тухачевського та Південно-Західний під командуванням О. Єгорова. Польсько-українські війська були змушені відступати, а 13 липня частини Південно-Західного фронту підійшли до р. Збруч, яка була в той час кордоном між УСРР та Польщею.

Перед більшовицьким керівництвом Росії і України відкрилась заманлива і очікувана перспектива – перенести ідеї, тобто бацили «пролетарської революції» у Європу. Ідея експорту революції на Захід, а потім на увесь світ була, як відомо, у той час провідною у закордонній політиці російських більшовиків. Недарма вони гаряче вітали і намагались всіляко допомогти кільком Радянським республікам, які у 1919 р. виникли у Центральній Європі – Угорській, Баварській, Словацькій.

Для вмотивування вступу більшовицьких військ на територію Польщі (а згодом, можливо, й далі) був використаний перевірений більшовиками і В.

© Тищик Б., 2008

Леніним метод. Отже, до влади УСРР і командування більшовицьких військ звернувся маріонетковий «представницький» орган – Галицький організаційний комітет, утворений у Харкові 15 квітня 1920 р. для «представництва інтересів галицьких трудящих» в Україні.

Так ось, цей Галоргком (так він скорочено йменувався), про який ніхто в Галичині нічого не чув і не знав, звернувся з проханням «від імені 5-мільйонного населення Галичини» до Червоної армії визволити край «від гніту польських панів та допомогти стати в ряди ІІІ-го Комуністичного Інтернаціоналу». З характерною саме для більшовицької пропаганди демагогією у заклику писалося: «Доля всесвітньої революції рішається на полях Галичини», а «подальший шлях у Угорщину, Польщу, Германію веде через Галичину...».

18 липня Червона армія, отримавши відповідну вказівку з Москви, вступила на територію Галичини і рушила з боями далі. До середини серпня вона підійшла до Львова. Від польських військ і влади було очищено 16 повітів Галичини повністю і 4 – частково, у т.ч. 17 повітових міст, 48 містечок і 1150 сіл, що становило 33 % всієї території і 35 % населення краю.

Населення по-різному зустрічало радянські війська: поляки, звичайно, вкрай вороже, а українці переважно очікувально або прихильно, бо мали надію, що нова влада хоч і не українська, принесе їм звільнення від жорсткостей і переслідувань польської влади, гніту чужоземних поміщиків і капіталістів.

Вступ Червоної армії на територію Польщі обумовив утворення, з ініціативи В. Леніна, двох майбутніх «пролетарських» тимчасових урядів. У Москві для Польщі в середині липня був утворений Польський революційний комітет (на чолі з Ю. Мархлевським), а для Галичини, де явно переважало українське населення – Галицький революційний комітет на чолі з В. Затонським (у квітні 1920 р.). До його складу уведено Ф. Барана, Ф. Конара, М. Левицького, К. Литвиновича, А. Бараля, І. Немоловського, І. Сіяка.

15 липня 1920 р., ще до вступу Червоної Армії у Галичину, Галревком видав Декларацію «До працюючих усього світу, до урядів соціалістичних радянських республік і всіх капіталістичних країн», у якій повідомляв усіх про своє створення «робітниками і селянами Східної Галичини без різниці національності», оголосив усі дотеперішні уряди УНР і ЗУНР неправомочними, а населення закликав допомогти Червоній армії скинути владу буржуазії.

У Декларації проголошено повну державну самостійність Галичини під назвою «Галицька Соціалістична Радянська Республіка». Урядам усіх країн запропоновано встановити з ним, Галревкомом, дипломатичні зносини. Оголошено про повну солідарність ГСРР у зовнішній і внутрішній політиці з владою РСФРР і УСРР. Повним блефом було звернення до населення краю вступати в ряди «червоного галицького війська, яке налічує біля 50 тис. борців-галичан» (такого війська тоді взагалі не існувало, як і його Головної команди).

В Декларації записано про ліквідацію приватної власності на «всі землі, ліси, пасовиська, надземні і підземні багатства..., фабрики, заводи, копальні, банки» і ін. Все це переходило у власність держави.

В'їхавши разом з військами 1 серпня у Тернопіль, який тут же оголошено тимчасовою столицею ГСРР (Львів ще знаходився в руках польських військ), Галревком видав ряд декретів, зокрема Декрет № 1 – «Про встановлення соціалістичної радянської влади в Галичині». Найвищим органом влади тут мав стати

новообраний З'їзд Рад. Усі попередні власті, їх органи, законодавство оголошувались ліквідованими. Тимчасового вся повнота влади належана Галревкомові.

На місцях, згідно з Декретом, належало обрати («трудящими») місцеві революційні комітети – повітові, міські, сільські. Для реалізації цього питання видано (1 серпня) доволі докладну інструкцію «Про організацію органів Радянської влади».

Першого серпня видано ще й Декларацію № 2 «Про права і обов'язки робітників ГСРР», Декрет № 2 «Про відокремлення церкви від держави і школи», Постанову «Про земельні маєтки, земельні плоди, про збір хліба і паші» та ін.

Для організації і управління окремими галузями державного життя при Галревкомі було утворено 12 (потім -18) відділів: земельний, фінансовий, закордонних справ, юстиції і ін.

Ідеологічно усіма справами мав керувати Центральний комітет Компартії Східної Галичини, до керівного складу якого 3 серпня обрано тих же людей – В. Затонського, М. Левицького, М. Барана і ін. Цей ЦК підпорядковувався ЦК Компартії Україна, а через нього – ЦК РКП(б) у Москві.

У Галицькій СРР було створено судові та правоохоронні органи. Так, 28 серпня був виданий Декрет № 18 «Про народні суди, революційні трибунали та касаційні трибунали», детально та ґрунтовно розроблений. Названі судові органи належало створити замість попередніх, які ліквідовано. Однак, практично вони створені не були – як за браком часу, так і з приводу браку суддівських кадрів. Тому судові і цивільні справи вирішували «правові відділи» при повітревкомах (тобто органи адміністративні), а справи кримінальні, у першу чергу так звані «контрреволюційні» – частково самі повітревкоми, а переважно – відділи по боротьбі з контрреволюцією (або «політбюро») при політревкомах, тобто органи надзвичайні. Вони підпорядковувалися Надзвичайній комісії при Галревокмі, що була філіалом української і російської НК. Оскільки закони, кодекси та інші нормативні акти ЗУНР і Польщі були скасовані, то при розгляді справ суддям належало покладатися на «революційну совість і правосвідомість».

Охороною правопорядку займалася міліція, яку обирало трудове населення міст і сіл та резервні частини Червоної армії, що перебували у даній місцевості. Зрештою, значних правопорушень з боку місцевого населення майже не було, бо люди були залякані, затероризовані як польською, так і радянською владою. До того ж близько проходили бойові дії та надзвичайно жорстко діяли органи ГНК, серед співробітників яких були переважно російські та українські радянські чекісти. Вона, ця комісія, створила розгалужену мережу агентів-інформаторів, шпигунів, часто здійснювала виїзди у повіти, де проходила показові судові процеси над справжніми і уявними противниками радянської влади.

Але не тільки таким, нібито «законним» шляхом велась боротьба з «ворогами пролетарської влади». Оскільки арешти проводились масово, головно серед українського населення, де міцними були національні переконання та ідеї, дух патріотизму, прагнення до відновлення свої державності, то часто мали місце позасудові розправи, розстріли українських патріотів без суду і слідства, або передача їх до суду армійських військових трибуналів, де вирок був тільки один – розстріл.

Галицьких військових формувань спочатку не створювали, але коли ситуація на фронті для Червоної армії ускладнилася, вирішено сформувати у Галичині з українців-добровольців кілька полків, оскільки радянські власті згадали про

недавню українсько-польську війну 1918-1919 рр. та готовність українського населення боротися з окупантами-поляками. Справді, добровольців-галичан записалося до Галицької червоної армії біля 1,5 -2 тис. осіб. Було б, напевно, значно більше, але Червоній армії і більшовицьким властям довелось з Галичини (і Польщі) відступати. У боях за Варшаву потерпіли поразку війська М. Тухачевського, до 20 вересня більшовицькі війська залишили територію Галичини. Галицька СРР припинила своє існування.

Отже, які висновки можна зробити про час існування, суть і мету даної республіки? Чи це справді була держава? Українська, незалежна?

Звичайно ж ні. Зрештою, цього не приховували й самі більшовики-організатори створення ГСРР. Національне питання їх не цікавило. Створенні ними псевдодержави як на території колишньої царської Росії, так і поза нею вони намагалися робити денаціональними, беручи за основу їх побудови соціально-класові засади. Вони всіляко розпалювали класові інтереси, робітничі маси і бідне селянство нацьковували на «буржуазію», «нетрудові елементи», інтелігенцію. Так розколювались нації, ізольовувались, а потім винищувалась їх еліта , національні ідеї, традиції, мова гинули. Все це дозволило більшовикам встановлювати свою владу на щораз більших територіях. Насправді, під гаслами «інтернаціоналізму», «пролетарської солідарності», «єдності трудящих» приховувались стремління створити світову тоталітарну імперію, партійну диктатуру, російську за мовою, антидемократичну за суттю.

Чи була Галицька СРР все-таки державою? Ні, її можна б назвати маріонетковим державним утворенням, створеним російським більшовизмом з політичною метою. Зрештою, ця республіка не мала основних атрибутів державності: ні чітко окресленої території, ні своїх збройних сил, своїх фінансів, ні, що дуже важливо, свого суверенітету – все за неї вирішувала Москва.

Але чи варто період існування Галицької СРР оголошувати абсолютно і однозначно негативно? Існування, хоч і короткотермінове (56 днів) більшовицької влади в Галичині дало можливість широким верствам населення зрозуміти, відкидаючи гарні й привабливі соціально-політичні гасла, справжню суть і мету їхньої влади. Не за Україну думали й боролись більшовики, не за її державність. Як сказав на зустрічі з представниками радянської преси у ті дні сам В. Затонський «щодо питання про існування державності Галичини, то ... не має підстав поспішати ... , бо для радянської республіки питання про державну приналежність є взагалі третьорядним».

Репресії щодо «інакомислячих», «контрреволюціонерів» та ін., які за такий короткий час не стали у ГСРР ні надто масовими, ні надто кривавими, все ж дали населенню можливість пізнати, яку «свободу» несуть більшовики українському народу.

До певних позитивів цього періоду можемо віднести певну турботу про бідніші верстви населення, значну увагу до соціальних проблем, зокрема, щодо захисту інтересів людей похилого віку, людей непрацездатних, сиріт (для них відкрито кілька притулків, дитсадків, сиротинців). Крім того, у поміщиків та капіталістів, а це переважно були іноземці, конфісковано землі й підприємства, ліквідовано селянські борги. Це також достатньо активна діяльність у сфері охорони здоров'я, відновлення українського шкільництва тощо.

Після відступу більшовиків Галичина знову потрапила під владу Польщі. А майже все керівництво ГСРР у 30-ті роки, в часи сталінізму, було розстріляно.

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ ЦИВІЛІСТИЧНОЇ ДУМКИ У ЄВРОПІ КІН. XVIII – ПОЧ. XX СТ.

Федущак-Паславська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Початок зазначеного періоду в європейській правовій думці загалом, позначений пануванням догматичного підходу при аналізі права, пануванням букви закону незважаючи на будь-які чинники, що впливають на створення чи функціонування правового припису. Основною причиною цього стали численні кодифікації в країнах Європи як у сфері приватного, так і публічного права. Згадані кодифікації забезпечили єдність права, сприяли виділенню законодавчого акту серед інших джерел зобов'язуючого права. У політичній сфері правова уніфікація забезпечувала інтеграцію держави.

Сталися значні зміни і в університетській правовій освіті, яка перенесла акценти з вивчення римського права на природне і національне, а також міжнародне право; обмежила вивчення історико-теоретичних дисциплін на користь кодифікованого права. На середину XIX ст. цивілістична наука відображала різні напрямки правового позитивізму, який, як відомо, зводить вивчення права до аналізу норм діючих законів, тобто застосовує формально-догматичний метод дослідження.

Одним із таких напрямків у цивілістиці була школа екзегези, представники якої у Франції аналізували приписи Кодексу Наполеона, обмежуючись роз'ясненням його тексту. Вони вважали кодекс самодостатнім цілим, що містить приписи, здатні врегулювати всі можливі життєві випадки. Для цього належить, при застосуванні правового припису, встановити намір законодавця.

Характерними ознаками цього напрямку також була побудова абстрактних логічних конструкцій, культ правового припису. Відтак представники школи екзегези вважали, що суддя чисто механічно застосовує правові приписи, шляхом логічних операцій та встановленням обсягу зобов'язуючих норм кодексу. Правова наука, під впливом зазначених поглядів, перестає турбуватися питанням про справедливість того чи іншого правового припису, про його здатність вирішити конкретні практичні потреби, а піклується про стрункість правової конструкції. Це, в свою чергу, привело до розриву між наукою і практикою, між теорією і реальністю.

Так само в цивілістичній доктрині Австрії екзегеза стала провідним напрямком. Цьому сприяла реформа правової освіти, запропонована Ф. Зейлером на поч. XIX ст., яка полягала у вивченні кодифікованого права, так само не зважаючи на історико-теоретичні чи будь-які інші чинники. Тобто, як у науковій сфері, так і у сфері викладання права не виходили поза екзегезу (роз'яснення) приписів кодексу.

Особливістю прояву позитивізму у Німеччині, де не було на той час загальнонімецького кодексу, був науковий позитивізм, на відміну від розповсюдженого законодавчого позитивізму. Тут позитивізм базувався на науці права, яка, в свою чергу, була наукою рецептованого римського права (пандектистика).

© Федущак-Паславська Г., 2008

Як відомо, основи пандектистики були закладені ще Ф.К. Савіньї та іншими представниками романістичного напрямку історичної школи права, які писали систематизовані підручники Пандектів. Під впливом такого популярного та той час позитивізму, пандектистика трансформується у абстрактну наукову систему «сучасного римського права», основоположником якої вважають Б. Віндшайда, підручник авторства якого мав силу закону на тих територіях, де римське право визнавалося діючим правом.

Маючи на меті розв'язання всіх окремих життєвих випадків, пандектисти проводили логічні операції з абстрактними правовими поняттями, які на їх думку існують відокремлено. Використовуючи такий підхід, названий юриспруденцією понять, німецькі цивілісти, базуючись на римському праві, вдосконалили такі поняття як свобода договору, свобода найму послуг і праці, інститути спадкування, сконструювали також інститут обігу цінних паперів, запропонували нові форми кредитних операцій тощо. Однак, найвизначнішим їх досягненням став Німецький цивільний кодекс – за своєю суттю і за юридичною технікою – виразник німецького наукового позитивізму.

З часом соціально-економічні зміни викликали потребу перегляду ліберальних цінностей: індивідуалізм, свобода окремої особи обмежувались на користь інтересів суспільства як цілого; принцип необмеженої приватної власності належало замінити підходом до приватної власності як до суспільної функції; творці правової доктрини повинні були обґрунтувати також, обмеження принципу свободи договору в ім'я колективного інтересу і охорони слабших учасників господарського обороту.

В останні десятиліття XIX ст. зазначені тенденції викликали потребу новелізації існуючих кодексів. Вихід знаходили у інтерпретації правових приписів, а до зміни законодавства в той період вдавалися досить рідко. Бажаючи йти в ногу з існуючими потребами, правова доктрина відмовляється від методів школи екзегези та юриспруденції понять.

Період, про який йдеться, відомий виникненням і розвитком теорій антагоністичних до правового позитивізму і збагаченням політико-правової думки досягненнями суспільних і точних наук, а відтак, – численних соціологічних та психологічних напрямків. Поєднала їх основні ідеї течія, названа правовим натуралізмом, представники якої заперечували ефективність формально-догматичного методу дослідження права та абстрактності юриспруденції понять. Важливу роль для розвитку цивілістичної думки відіграли два напрямки правового натуралізму: юриспруденція інтересів; та школа вільного права.

Провідником першого напрямку вважають відомого німецького вченого-юриста Р.ф.Єрінга, еволюція поглядів якого демонструє розвиток тогочасної правової думки від юриспруденції понять до юриспруденції інтересів, від правового позитивізму до соціологічної юриспруденції. Глибокі історико-правові знання, зокрема у сфері римського права, а також дослідження відносин у тогочасному суспільстві, привели вченого до думки, що право виконує допоміжну роль стосовно інтересів окремих осіб та суспільних інтересів, а ці інтереси, в свою чергу, є суттю правових приписів. «Дух римського права на різних ступенях його розвитку» – відома праця вченого – розкриває соціологічну функцію права, «Ціль в праві» – доводить, що право не виникає із механічного творення понять, а є відображенням цілей окремих осіб та суспільства вцілому.

Відповідних змін зазнала і правова освіта, яка вже не полягала у вивченні тексту законодавчого акту, а у врахуванні його суспільних цілей. Це була теоретична концепція нового методу інтерпретації права – телеологічного методу, який надав гнучкості у викладанні зобов'язуючого права.

На практиці досягнення юриспруденції інтересів реалізовувались, в основному, у сфері інтерпретації права. Заперечуючи проголошену юриспруденцією понять відсутність прогалин в приписах законодавства, представники юриспруденції інтересів вважали наявність прогалин незаперечним фактом. Залишалось встановити спосіб, яким ці прогалини заповнювати. На їх думку, суддя застосовуючи правовий припис, повинен встановити інтерес, покладений законодавцем в його основу. Крім тлумачення права, у сфері зацікавлень юриспруденції інтересів перебувала також проблема нових конструкцій правових понять, які повинні бути пов'язані із суспільним підґрунтям.

На початку XX ст. у Німеччині виник другий напрям правового натуралізму – школа вільного права (Є. Ерліх, Г. Канторович (Гней Флавій). Назва його походить від твердження представників школи, що суддя повинен мати свободу і не повинен залежати від приписів закону чи бути пов'язаним волею законодавця. Визнаючи наявність прогалин в законодавстві, представники школи вільного права вважають за необхідне заповнювати їх не шляхом різноманітних методів інтерпретації, а шляхом правотворчої діяльності суддів.

У Франції напрямок почав активно розвиватися після появи праці Ф. Жені про методи тлумачення та про джерела позитивного права, у якій він зазначає, що приписи законодавства ніколи не відповідають правовому порядкові. Класичним, таким, що характеризує напрямок стало його твердження, що існуючі в законодавстві прогалини належить заповнювати новим методом – «вільним науковим пошуком права», оскільки закони безсилі перед існуючими життєвими потребами.

У Швейцарії (Є.Губер) зазначений підхід одержав і законодавче закріплення. Згідно з 1 артикулом Цивільного кодексу, суддя в разі прогалини, уповноважений постановити рішення на основі правила, яке б він сам встановив, будучи законодавцем. При цьому він повинен базуватись на «добрій науковій теорії і практиці». Це положення викликало заперечення правників, які підкреслювали, що така свобода судді веде до свавілля. Однак, як свідчать дослідження практики застосування арт. 1 ЦК Швейцарії, судді не брали на себе ролі законодавця.

У літературі XX ст. ідеї школи вільного права оцінювали по-різному. В подальшому рух за вільне право став тісно пов'язаним із «відродженим природним правом» (Г. Канторович, Р. Штамлер), тобто і далі протистояв юридичному позитивізму.

ОКРУЖНІ СУДИ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Протягом тривалого часу західноукраїнські землі перебували під пануванням різних держав. Анексія українських земель спричинила суттєві зміни в суспільному ладі та державному устрої, а також здійснила суттєвий вплив на розвиток українського судочинства. Так, на західноукраїнських землях, окрім руського (українського) права, застосовувалось польське, угорське, молдавське, литовське, а також німецьке та так зване «волоське право».

Волоське право поширювалось, переважно, на території Галичини, яка перебувала у складі Речі Посполитої, Буковини (сучасна Чернівецька область), що входила до складу Молдови, а також Закарпаття, що належало до території Угорщини. Поселення, засновані на цьому праві, почали з'являтися на українських землях приблизно наприкінці XIII ст. Зазначене право регламентувало питання місцевого самоврядування, оподаткування, а також, характеризувалось своїми власними судовими інститутами.

Порядок здійснення судочинства окружними судами волоського права, їхній склад та компетенція є найменш дослідженими питаннями у сучасній історико-правовій науці. Окрема увага цим питанням присвячувалась, в основному, у історичній та етнографічній літературі. Окреме історико-правове дослідження окружних судів волоського права не здійснювалось.

Одними з перших вчених, які присвятили увагу судочинству за волоським правом були польські вчені А. Стадницький та П. Домбковський, український історик І. Линниченко. Однак, найбільше уваги цій проблематиці присвячено українськими вченими Ю. Гошком та В. Ікіним. Так, Ю. Гошком досліджувалось звичаєве право населення українських Карпат та Прикарпаття у XIV-XVIII ст. на основі матеріалів Самбірської економії. Дослідником розглядалася судова практика судів волоського, українського звичаєвого та магдебурзького права у кримінальних, майнових, сімейних справах тощо. В. Інкін опублікував низку статей, у яких він торкався практики сільських судів волоського права у різних категоріях справ.

Зазначені дослідження стосуються в основному Самбірської економії, яка належала до королівського двору Речі Посполитої. Дуже мало уваги присвячено застосуванню волоського права на території Закарпаття та Буковини, а також, на території феодальних володінь Речі Посполитої.

Починаючи розгляд питання щодо складу та компетенції окружних судів волоського права слід, насамперед, звернути увагу на те, що в середньовіччі судова влада не відділялася від адміністративної. Адміністративний устрій за волоським правом виглядав наступним чином: групи сіл волоського права об'єднувалися у більші адміністративно-територіальні одиниці, які могли називатися по-різному: країнами, ключами тощо. Вони утворювали єдиний адміністративний та судовий округ. Общину волоського права очолював голова, якого найчастіше називали кнезом (у Галичині – князем), хоча могли

© Шандра Р., 2008

застосовуватись терміни більш характерні для руського (українського) звичаєвого права (тивун, ватаман) та магдебурзького права (війт, солтис). Округ очолював окружний сільський управитель (крайник, управитель ключа, воєвода тощо), якому підпорядковувались голови сільських общин.

Відповідно, судочинство за волоським правом здійснювали голови сільських общин (при цьому, лише спільно з громадою відповідного села), окружні (зборові) суди та окружні сільські управителі.

Окружні сільські суди проводилися на територіях, де волоські села лежали групами та утворювали певні сільські округи (країни, ключі тощо). Вперше такі окружні сільські управителі волоського права згадуються на території Закарпатської України на початку XIV ст. Так у документі датованому 1303 р. згадується волоський воєвода Микола, який одночасно виконував повноваження керівника комітатів (адміністративно-територіальні одиниці, на які поділялась територія Угорщини) Марамуреш і Угоч.

В Галичині сільський округ волоського права згадується найчастіше під назвою «країна». Так наприклад, на землях, що входили до складу Самбірської економії у другій половині XVI ст. були відомі Волосянська, Ільницька, Либохорська, Підбузька, Розлуцька, Гвоздецька та Липецька країни. Документи другої половини XIV ст. згадують про наявність на Закарпатті понад 66 сіл волоського права та Хустську країну.

Значно рідше для позначення такого сільського округу вживаються інші терміни. Так, зокрема, у матеріалах люстрації Перемишльського староства 1565 року згадується «Ключ Ойській або як його називають – країна» («*Kliucz Oyski, albo iako zow№ – krayna*»). Окремо згадується низка сіл волоського права об'єднаних у так звану Озиминську волость (ключ), які були виділені із Самбірського староства. У подібні сільські округи об'єднувались, також, села руського та німецького права. Однак, в такому разі, застосовувались найчастіше терміни «ключ» або «жупа».

Подібні сільські округи існували, також, на землях, що входили до складу Молдавії. Однак, вони припинили своє існування ще наприкінці XIV-XV ст. внаслідок розвитку процесу феодалізації. Про їхнє існування свідчать лише групи сіл з єдиною общинною межею – так званим «хотаром».

Причиною об'єднання сіл волоського права у такі сільські округи була, перш за все, економічна доцільність. З цього приводу, вірно зауважив Ю. Гошко, що утворення сільських округів («країн») було викликане не особливістю волоського права, а віддаленістю сіл волоського права від економічних центрів та фільварків. Відповідно, сільські округи утворювались з метою належного забезпечення збору податків, неухильного виконання повинностей, а також, для здійснення судочинства у селах що входили до відповідного сільського округу. Склад сіл, які входили до кожної з країн, не був постійний. Деколи окремі села переходили із однієї країни до іншої.

Общини сіл волоського права, що входили до складу одного сільського округу, один раз або двічі на рік збиралися разом на окружні суди, так звані «збори». На окружних судах вирішувались питання що стосувалися населення відповідного округу (господарські, цивільні, фінансові та ін), а також, здійснювалося судочинство.

Склад зборових судів різних судових округів міг мати певні відмінності. Судді обиралися перед початком судового засідання. До складу суду могли входити окружний сільський управитель, голови сільських общин та інші повноважні особи.

П. Домбковський, описуючи склад зборового суду волоського права, зазначає, що такий суд складався із семи членів *(iudices Valachicum)*, в тому числі з трьох кнезів, один з яких був головуючим суду. Зазначений суд був колегіальний, всі процесуальні дії здійснювались суддями спільно. Ймовірно, що один з кнезів був одночасно окружним сільським управителем і, відповідно, виконував повноваження голови згаданого вище суду.

Повноваження голови окружного (зборового) суду виконували окружні сільські управителі, вони ж керували його роботою. Згідно матеріалів Самбірської економії XVIII ст. згадується, що окружні сільські управителі (крайники) прибували на зборовий (окружний суд) зі своїми писарями, «службовими людьми», «поїздниками», «пахолками» (очевидно це були службовці, на яких покладався обов'язок виконувати різноманітні доручення крайників, зокрема у сфері збору податків, та забезпечувати його охорону).

В матеріалах люстрації Саноцького староства Речі Посполитої датованій XVI ст. згадується про участь у зборових судах представників уряду – підстарости та надвірного судді. Російський вчений І. Линниченко зазначає, що це було нововведенням здійсненим у XVI ст., з метою здійснення урядового контролю за правильністю здійснення судочинства.

Разом з цим, повноваження суддів окружного суду виконували окружні сільські управителі та голови сільських общин. Староста (підстароста) та інші офіційні представники державної влади не входили до складу суду, а лише здійснювали нагляд за його діяльністю.

Окружні суди волоського права були відомі, також, і на інших землях. Зокрема, на території Трансільванії, в округах, що мали привілейоване становище, застосовувався так званий «старовинний та визнаний закон волоських округів» (*iuxta antiquam et aprobatam legem districtuum Valachicalium*). Такі суди складалися з кнезів (інколи з кнезів-священників та простих селян) і часто проводились під головуванням каштелянів та воєводи (віце-воєводи) Трансільванії.

Такі збори відбувалися, переважно, два рази на рік та тривали по кілька днів. В залежності від волі органів влади, процедура зборів, строки їх скликання та представництво на них часто змінювались. Так, в кінці XVI ст. в Самбірському старостві Речі Посполитої збори відбувалися весною та осінню. Однак, вже на початку XVII ст. окремі сільські округи збиралися у старому самбірському замку на збори по-черзі лише раз на рік, у дні вільні від сільськогосподарських робіт. Населення округів скликалося на збори універсалом адміністратора Самбірської економії або його заступника, за посередництвом крайника або кнезів. Про такій збір селянам повідомлялось попередньо у церквах.

Спочатку у зборових судах зобов'язані були брати участь усі повноправні члени сільських громад, що відносились до відповідного судового округу. Неявка або передчасне залишення засідання окружного суду суворо карались. Якщо збори залишала сільська община на неї накладався штраф від 10 до 50 гривень. Штраф за неявку посадової особи сільської общини, наприклад десятника, становив 5 гривень.

Поступово зборові суди втрачають обов'язковий характер, а селянам починає надаватись право відкупитися від обов'язкової участі у такому суді. Відповідальними за явку громади на зборові суди були голови сільських общин.

Рішення зборових судів приймалося як щодо окремої особи, так і відносно громади в цілому. При цьому слід зазначити, що сільська громада сіл волоського права виступала перед судом, фактично, як юридична особа.

На зборових судах розглядалися взаємні претензії та скарги членів сільських громад, кримінальні справи. Зазначені суди розглядали різноманітні майнові спори, в тому числі щодо сплати повинностей, проводили попереднє слідство та ін.

За дрібні крадіжки зборові суди сіл волоського права, на відміну від сіл магдебурзького права (які застосовували фізичне покарання), карали, в основному, грошовими стягненнями. У разі вчинення більш тяжкого злочину, могло застосовуватись таке покарання, як вигнання з громади.

У разі помилкового звинувачення особи, громада могла брати таку особу на поруки, при цьому поручителі брали на себе обов'язок доставити звинуваченого на суд і відповідати, щоб він не втік. Взяти особу на поруки могла, як громада, так і окремі члени громади. Інколи зборовий (окружний) суд доручав обвинувачуваній особі самостійно знаходити собі свідків, які б могли присягнути на її користь.

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

В досить обмеженій формі зборові суди проіснували у Галичині до 1774 року. Цього року вони були замінені австрійськими судами.

Таким чином, окружні суди волоського права надавали можливість сільським громадам приймати безпосередню участь у здійсненні судочинства. Разом з цим, інститут окружних сільських судів поступово занепадає. Присутність на зборових судах представників державної влади свідчить про сильний вплив держави на їхню діяльність та спробу контролю з боку посадових осіб за усіма сферами сільського життя.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРОГАЛИНИ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Бориславський Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після припинення існування Союзу РСР становлення союзних республік, як самостійних суверенних держав, в Україні почався складний процес формування власної правової системи, яка охопила всі галузі права, в тому числі й конституційне (державне) право.

Виділення галузей права із союзного законодавства відбувалося важко і суперечливо, в основному шляхом прийняття нових політико-правових актів, які закладали засади нової Української державності. Початком в цьому процесі слід назвати Декларацію про державний суверенітет України, яка була прийнята 16 липня 1990 р. (після Декларації про державний суверенітет РРФСР 12 червня 1990 р.). В ній було проголошено верховенство Конституції і законів Республіки на всій її території, право громадян України на своє громадянство і збереження громадянства СРСР та чітко визначено, що Декларація є основою для нової Конституції, Законів України, а також позиції Республіки при укладенні міжнародних договорів і використання її принципів при підготовці Союзного договору і т.д.

Конституційне (державне) право України в цей період часу в значній мірі включало в себе конституційно-правові доктрини і норми союзного законодавства. Але становлення власного конституційного законодавства України набувало все зростаючих темпів. Прийнятий 24 серпня 1991 р. (в період путчу) Акт проголошення незалежності України закріпив незалежність України і створення самостійної української держави – України і те, що віднині на території України діють виключно Конституція (1978 р) і закони України. Слід зауважити, що багато положень діючої Конституції України 1978 року стали суперечними, фактично Основний Закон перестав забезпечувати розвиток суспільства і держави, але продовжував діяти тільки тому, що був вигідний певним суспільним силам. Правда політичні події цих років розвивалися так стрімко і драматично, що підготовка проекту нової Конституції України відійшла на другий план (24 жовтня 1990 р. була утворена Комісія по розробці нової Конституції УРСР). Основна увага в цей період приділялася становленню і розвитку демократичних процесів шляхом проведення політичних, соціальних, правових і економічних реформ, які отримали назву «перебудова», тобто робилася спроба сформувати новий конституційний лад України шляхом внесення змін в Конституцію України 1978 р. та оновлення діючого законодавства.

Фундаментальною базою для становлення і розвитку нового конституційного законодавства і права стала розробка і прийняття нової Конституції України, прийнятої 28 червня 1996 року, яка відкрила новий етап в

© Бориславський Л., 2008

конституційному розвитку Української держави. ЇЇ норми стали основою розвитку діючих традиційних правових інститутів, становлення нових. Конституція стала правовим фундаментом реформування правової системи України. По суті, в Україні почала формуватися нова українська конституційна доктрина і власне правове поле.

Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Проте це не означає, що в конституційному полі України відсутні прогалини і конфліктні правові ситуації.

Більше десяти років діє нова Конституція України як Основний Закон української держави. Так звані «наступні» прогалини в законодавстві є природними. Як свідчить конституційна практика завжди будуть появлятися нові суспільні відносини, які законодавець не передбачив або не міг передбачити. Проблема прогалин і недоліків в праві та законодавстві є виключно важливою і актуальною. Будь-яке розуміння «Прогалини» вже передбачає як наявність або відсутність нормативно-правової матерії, так і оціночні підходи.

В загальному вигляді прогалиною можна назвати відсутність правових норм, необхідних для регулювання відповідних суспільних відносин. В певній мірі прогалину можна вважати недоліком правового регулювання. Але поняття недоліку в праві є значно ширшим.

Нова Конституція України не вирішувала, і не могла вирішити всіх проблем в перехідний період українського державотворення, в тому числі навіть на концептуальному рівні. Це відноситься в першу чергу до виборчої і судової системи, взаємовідносин різних гілок влади, розвиток місцевого самоврядування тощо. Все це вимагало наукового аналізу і рекомендацій правової науки.

Не дивлячись на те, весь період дії Конституції вона піддається критиці, яка супроводжується, як правило, аргументами і пропозиціями її зміни і навіть прийняття нової Конституції. В 2003 р. парламент України перейшов до рішучих дій і Законом України від 8 грудня 2004 р. вніс зміни в Конституцію України. В той же час в правовій літературі цього періоду обґрунтовано підкреслювалось про необхідність продовження конституційного процесу. При цьому мова йшла не про перегляд узгодженого між різними політичними силами тексту нової Конституції, а про доведення конституційного процесу до логічного кінця – реалізації конституційних положень. Прийняття Основного Закону України, підкреслював проф. Тодика Ю.М. – ключова ланка в конституційному реформуванні суспільства, але аж ніяк не його заключна стадія, яке продовжується через прийняття законів , передбачених в тексті нової Конституції. При цьому наявність в самій Конституції відсилок до актів, які необхідно змінити або прийняти нові, є не недоліком Основного Закону, а його позитивна якість.

На думку ряду вчених – конституціоналістів жодне законодавство не в стані врахувати всю різноманітність суспільних відносин, які потребують конституційно – правового регулювання. Крім того, не можна не враховувати ту обставину, що розробка і прийняття нової Конституції України відбувалася в досить складних умовах і тому відразу багато її положень вимагали кваліфікованого тлумачення.

Зрозуміло, що драматичні події, які передували прийняттю нової Конституції України 1996 року наклали свій відбиток на багато її положень та зміст конституційних норм, але по мірі стабілізації і входження суспільного життя в Україні в нормальне русло стали проявлятися окремі недоліки і деяка невідповідність ряду конституційних норм вимогам стабільного розвитку суспільства. В Україні процес становлення громадського суспільства йде поволі і не можна говорити, що воно склалося.

Ніхто не вважає діючу Конституцію України вершиною досконалості. Але шкідливою ілюзією є переконання, що постійне реформування Конституції, навіть з бажання її «покращити» піде суспільству на користь. Пора навчитися жити по діючій Конституції, вдосконалювати практику її реалізації.

ГЕНЕЗА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВЗАЄМОВІДНОСИН ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ З ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ

Кобрин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сучасному етапі розвитку держави важливим питанням стає не лише ефективність функціонування влади в цілому, а і механізм, і форми такого функціонування. У цьому аспекті проблемними і, як ми вважаємо малодослідженими є взаємовідносини Президента України та Верховної Ради України в умовах нової, парламентсько-президентської моделі республіки.

Формулювання в Основному Законі правового статусу Верховної Ради України і Президента України не завжди, на нашу думку, є оптимально чіткими, чим створюється небажана ситуація, якщо можна так висловитися, ”перетягування каната”, між владами, що й спостерігається у дійсності. Замість плодотворної співпраці по вирішенню нагальних політичних і соціально-економічних проблем ”влади” борються за, так звану, ”першість”.

Взаємини між главою держави та парламентом мають багатоаспектний характер, є об’єктом дослідження не лише державно-правової, а й політичної, економічної, філософської та інших наук. Взаємодія між зазначеними органами відбувається у представницькій, законодавчій, установчій та контрольній сферах.

Так у представницькій сфері приводом для скандалів і політичних дебатів неодноразово було і є питання зовнішніх відносин. Чи то Верховна Рада чи то Президент України намагаються отримати першість в царині зовнішньополітичного курсу і досить часто керуються емоціями та власними інтересами ігноруючи вимоги Основного закону. В Конституції ж України чітко записано, що засади зовнішньої і внутрішньої політики визначає Верховна Рада України, керівництво ж зовнішньополітичною діяльністю здійснює Президент України. Тобто іншими словами Верховна Рада, як законодавча влада задає алгоритм зовнішньополітичній діяльності, а Президент як глава здійснює її керівництво.

Найбільш проблемною ділянкою взаємодії є установча або як її ще називають науковці кадрова чи номінаційна сфера де Президент України і Верховна Рада України поділяють повноваження з призначення керівних органів держави.

Так Верховна Рада і Президент України діють спільно з призначення: Прем’єр-міністра України; Міністра оборони України та Міністра закордонних справ України; Голови Служби безпеки України; Голови Національного банку України; членів Центральної виборчої комісії; Генерального прокурора України тощо.

В першу чергу викликає занепокоєння процедура призначення Прем’єр-міністра України, якого згідно з положень Основного закону призначає Верховна Рада за поданням Президента України. Кандидатуру ж для внесення на голосування парламенту Президенту подає коаліція депутатських фракцій, яка створюється за результатами виборів. Крім того, згідно положень Закону України

© Кобрин В., 2008

„Про Кабінет Міністрів України” у випадку невнесення Президентом кандидатури на посаду глави уряду подання про призначення на зазначену посаду вносить коаліція депутатських фракцій.

На наше переконання кандидатура на посаду Прем’єр-міністра України повинна узгоджуватися між Верховною Радою України та Президентом шляхом переговорів чи політичних компромісів, але в жодному випадку не шляхом нав’язування главі держави кандидатури від коаліції депутатських фракцій. Такий порядок, який передбачає Конституція України та Закон України „Про Кабінет Міністрів України” неминуче приведе до протистояння між інститутами влади та конфронтації в українському політикумі. Тому необхідним в цій частині є внесення змін до Основного закону та прийняття законів „Про Президента України” та „Про Верховну Раду України”, які би належним чином врегулювали ряд питань процедурного характеру.

Стосовно Міністра закордонних справ та Міністра оборони, то чинна Конституція України передбачає, що вони нарівні з Прем’єр-міністром України призначаються Верховною Радою України за поданням Президента України.

Нетиповою для глави держави є визначена Законом участь Президента навіть у процедурі призначення Міністра оборони та Міністра закордонних справ. У будь-якій країні, зокрема й з класичною парламентською формою правління, члени уряду отримують легітимацію (формальне призначення на посаду або звільнення з посади відповідним правовим актом) від глави держави. Більше того з прийняттям закону України „Про Кабінет Міністрів України”, норми Конституції щодо подання на зазначені посади діють частково, адже в разі їх невнесення главою держави з тих чи інших причин за нього це може зробити коаліція депутатських фракцій.

Ще один потенційний конфлікт вимальовується з огляду на подання на призначення Міністрів оборони і закордонних справ. Що мається на увазі? Уявімо собі, що Президент виконав свої конституційні обов’язки і подав на розгляд Верховної Ради України кандидатури зазначених осіб, а Рада не проголосувала запропоновані подання, не погодившись з такими кандидатурами. За Конституцією Президент знову повинен внести на розгляд парламенту кандидатури Міністрів оборони і закордонних справ. В цьому випадку Конституція не обмежує главу держави в жодній статті правом повторно внести на зазначені посади ті ж самі кандидатури. Верховна Рада знову відхиляє такі подання. Наступає правовий колапс до тих пір, поки Президент не запропонує і не подасть на розгляд парламенту інших осіб. Одні називають це елементом механізму „стримувань і противаг”, інші недолугою конституційною реформою. В будь-якому разі ситуація, яка мала місце в Україні з тим, що більше як півтора місяця не призначався Міністр закордонних справ є небажаною і неприпустимою для демократичної та правової держави та не сприяє її іміджу.

Які варіанти виходу із зазначених вище проблем можна запропонувати. Перший варіант це надання права на призначення Міністра оборони та закордонних справ поряд з іншими міністрами Верховній Раді України без відповідного подання Президента. Такий крок ще більше утвердить роль законодавчого органу та фактично позбавить главу держави впливати на Кабінет Міністрів України.

Другий варіант, це надання права Президенту України призначати своїм указом Міністра оборони та закордонних справ та деяких інших міністрів, зокрема

т. зв. „силових міністрів" – Міністра внутрішніх справ, Міністра з надзвичайних ситуацій тощо. Надання такого права видається логічним з огляду на те, що Президент є головою Ради національної безпеки і оборони, до складу якої згідно Конституції зазначені міністри входять за посадами та координує її діяльність.

Щодо Голови Служби безпеки України, то відповідно до п.12№ ст. 85 Конституції України його призначає та звільняє за поданням Президента Верховна Рада України. В цій частині потрібно провести зміни, наділивши правом Президента України своїм указом призначати голову Служби безпеки України. Це виглядає логічним, з огляду на те, що глава держави є гарантом державного суверенітету та забезпечує національну безпеку.

Ще однією ділянкою в якій взаємодіють глава держави та законодавчий орган є контрольна сфера. У цій сфері взаємні повноваження Верховної Ради та Президента України зводяться в основному до взаємообмеження та взаємоконтролю. Зокрема, Президент України відповідно до частини другої статті 90 Конституції України має право достроково припиняти повноваження Верховної Ради України, якщо:

1. протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій відповідно до ст. 83 Конституції;
2. протягом шістдесяти днів після відставки Кабінету Міністрів не сформовано персональний склад Кабінету Міністрів України;
3. протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися.

Верховна Рада України в свою чергу наділена важливим контрольним повноваженням – правом усунення глави держави з поста в порядку імпічменту у разі вчинення ним державної зради або іншого злочину.

Звернути увагу потрібно на нашу думку на випадки дострокового припинення повноважень Верховної ради України. По-перше таких випадків в Конституції передбачено недостатньо, а отже ст. 90 в цій частині слід доповнити. По-друге серед передбачених трьох один є суто формальним, можна сказати „віртуальним". Всі розуміють, що ситуації, в якій Верховна Рада не розпочне протягом тридцяти днів своє пленарне засідання, ніколи не буде. Ця норма виконує скоріше стимулюючу функцію, примушуючи народних депутатів України належним чином виконувати один із своїх обов'язків. По-третє аналіз змісту ст. 90 Конституції не дає чіткої відповіді на питання чи передбачені три випадки є виключними, чи можливі і інші з огляду на відсильний характер п.1 ч.2 ст. 90 та п.8 ст. 106 Конституції України. Більше того Президент України своїм Указом від 2 квітня 2007 р. „Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України" припинив повноваження законодавчого органу керуючись в першу чергу ст. 83, а також ст. ст. 77, 106 та 102 Конституції України.

Наведене вище свідчить проте, що зміни в ст. 90 Конституції України є неминучими та назрілими та ще раз засвідчує недолугість конституційних змін. Зокрема, ст. 90 на нашу думку необхідно доповнити серед іншого і можливістю Президента розпускати парламент:

1. якщо вчасно не приймається закон України про державний бюджет;
2. якщо більше як 150 депутатів складає свої повноваження (Верховна Рада є повноважною за умови обрання не менше як двох третин від її конституційного складу – ст. 82 Конституції);

3. якщо парламент приймає неконституційне рішення, після одержання відповідного висновку Конституційного суду тощо.

На наше глибоке переконання зміна ст. 90 допоможе налагодити і без того не прості стосунки між главою держави і парламентом. Шляхом встановлення зазначеного права Президента, офіційно встановлюється можливість впливу Президента України на Парламент, що є ознакою правової держави, з огляду на те, що в цьому разі реалізується механізм „стримувань і противаг". І можна сміливо констатувати, що наявність таких можливостей у глави держави закріплюють справжню форму співробітництва Президента України і Верховної Ради України, форму за якої у виграші завжди залишається українська держава.

Отже, можна ствердно констатувати, що на сьогоднішній день взаємовідносини між Президентом та Верховною Радою є найскладнішими та в першу чергу потребують реформування. Таке реформування потрібно здійснити на законодавчому рівні, чітко визначивши повноваження глави держави та парламенту в зовнішньополітичній діяльності, в сфері національної безпеки, фінансово-кредитній та установчих сферах. Більше того, потрібно системно переглянути взаємні контрольні повноваження, шляхом доповнення випадків дострокового припинення повноважень Верховної Ради України Президентом України.

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ В ПІВНІЧНОЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВАХ.

Левицька Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для розвитку та функціонування сучасних демократичних держав безсумнівно вагомою є роль політичних партій. Часто вони мають вирішальний вплив на формування та функціонування всіх гілок влади, чинячи суттєвий вплив на характер взаємовідносин між ними. За активної участі політичних партій формується національна політика держави, мобілізуються ресурси на її виконання, забезпечується демократичний розвиток суспільства.

Особливістю статусу партій в Скандинавських державах та Фінляндії є те, що їх діяльність та порядок утворення регламентуються не конституціями, а спеціальними законами про них. На конституційному рівні політичні партії прямо не визнаються, хоч в певних конституційних нормах опосередковано згадується їх вплив на, наприклад, порядок формування палат парламенту. Так, наприклад, в параграфі 30 Конституції Данії передбачається доцільність введення пропорційної виборчої системи при проведенні виборів до парламенту. В інших державах (Фінляндія) політичні партії визнаються як просто юридичні особи і на цьому рівні здійснюється їх правова регламентація.

Якщо в інших європейських державах визнання статусу політичних партій на конституційному рівні появилось в період після Другої світової війни (третій етап світового конституційного розвитку), то в державах північної Європи – значно пізніше, або й прямо не згадується зовсім.

Скандинавське державознавство визначає політичні партії як добровільне об'єднання людей. Воно висуває кандидатів на вибори, завойовує більшість в парламенті, утворює уряд, орієнтуючи його політичний курс і здійснює свою програму з реформування суспільства.

Таке визначення перегукується з загальноприйнятим визначенням політичних партій в науці конституційного права. Порядок утворення і діяльності політичних партій визначається як правило конституціями та спеціальними законами про політичні партії, часом – законодавством про вибори та іншим законодавством.

Виняток складає Фінляндія, де діяльність політичних партій регулюється загальним законом про юридичні особи. І хоч у цій державі політичні партії не визнані конституцією держави, проте на практиці партійні організації і партійні фракції в Едускунті (парламенті) визнаються. У Фінляндії діє спеціальний закон про політичні партії 1969 р. в редакції 1986, 1989 і 1992рр. Цей закон визначає партію як зареєстроване об'єднання, внесене в реєстр партій, який ведеться Міністерством юстиції.

У сучасних умовах з усіх типів партій, які утворюються в Скандинавських країнах і Фінляндії, пріоритет мають партії парламентського типу. Особливо важливою є їх участь у виборчому процесі. У виборчому праві цих країн розрізняють дві форми організаційної участі партій у виборчих кампаніях: 1 – реєстрація партій для виборів і 2 – номінація партією своїх кандидатів для виборів.

© Левицька Г., 2008

Законодавство цих країн знає інститут легалізації політичних партій, що особливо важливо для виборчої кампанії. Кожна політична партія повинна зареєструватися до кожних виборів (крім тих, які перемогли на останніх виборах). У Данії згідно ч.1 параграфу 11 закону про вибори до Фолькетингу такої реєстрації не вимагається. Проте у всіх скандинавських державах обов'язковій реєстрації підлягає назва партії (параграфу 1 гл. 5 шведського закону про вибори 1972 р., параграфу 17 норвезького закону про вибори 1985 р. і параграфу 11 датського закону про вибори).

Тільки у Данії і Фінляндії діють окремі закони про вибори в парламент і про вибори до місцевих представницьких органів влади та самоуправління. Для Фарер та Гренландії діють свої виборчі закони. Згідно параграфу 28 Конституції Данії квота представників від цих територій до парламенту – два депутати від Фарерських островів і два – від Гренландії. Заява про реєстрацію подається: в Данії – міністру внутрішніх справ, в Норвегії – державному нотаріусу, в Швеції – в Центральну виборчу комісію, у Фінляндії – в міністерство юстиції.

Різними є й терміни подачі заяви про реєстрацію. У Швеції така заява повинна бути подана не пізніше 30 квітня року виборів або через тиждень після їх оголошення; в Норвегії – 31 березня року виборів, в Данії – не пізніше 12.00 год. за 15 днів до дня проведення виборів. Заява подається в письмовому вигляді у встановленій формі. Законодавство Фінляндії не визначає строку подачі заяви, проте ч.1 параграфу 3 закону про партії вимагає виключення з реєстру тих партій, які програли попередні вибори. Підстави такої відмови визначаються відповідним законодавством.

Однією з основних форм діяльності політичних партій є їх участь в роботі парламенту і уряду. З цим тісно пов'язаний принцип парламентаризму в скандинавських державах, це, по-перше, вимога відставки уряду при висловленні йому недовіри парламентом і по-друге, формування уряду більшістю парламенту.

Регламенти парламенту визначають порядок утворення депутатських груп і фракцій. Головним в їх діяльності визначається участь у формуванні та в роботі комітетів і комісій, при цьому їх участь повинна бути представлена пропорційно. На випадок, якщо фракція малочисельна і не може бути представлена в усіх групах і фракціях, у роботі груп і фракцій можуть брати участь представники від партії без права голосу.

Як підсумок, слід зазначити, що у сучасній правовій літературі на фоні загальної посиленої уваги мало уваги приділяється аналізу статусу політичних партій у Північних державах Європи – Фінляндії, Данії, Норвегії та Швеції. Це зумовлено, очевидно, особливостями конституційного розвитку цих держав, роллю політичних партій у державному та громадському житті цих країн, специфікою правового регулювання. У сучасній правовій літературі на фоні загальної посиленої уваги мало уваги приділяється аналізу статусу політичних партій у Північних державах Європи – Фінляндії, Данії, Норвегії та Швеції.

ПРО ПРОБЛЕМИ АКТІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ.

Лунь З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема визначення правової природи актів Конституційного Суду України неодноразово піднімалася у сучасній українській правовій науці: і у аспекті суто теоретичних досліджень і у практичній площині. Зокрема, цій проблемі присвячували свої наукові дослідження такі вчені В.Погорілко, М. Тодика, а сьогодні – П.Стецюк, М.Савенко, М.Тесленко, П.Ткачук, В. Шаповал та ін.

Не дивлячись на, як видається, теоретичну проблематику теми цього наукового повідомлення, з'ясування правової природи актів Конституційного Суду України дасть можливість дати відповідь на низку питань, що виникають на практиці. Зокрема, у справі правового регулювання виконання рішень Конституційного Суду України, дії рішення Конституційного Суду після внесення змін до статті Конституції, щодо якої було здійснено офіційне тлумачення, щодо подолання прогалин шляхом здійснення офіційного тлумачення?

На сьогодні нема єдиного підходу до визначення правової природи актів Конституційного Суду України.

Визначаючи правову природу актів Конституційного Суду України насамперед слід звернутися до чинного законодавства України. Так, згідно з ч. 3 ст.150 Конституції України, рішення, які ухвалює Конституційний Суд України є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені. Крім актів, які номінально визначені Конституцією України як рішення, Конституційний Суд України дає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість та висновок щодо додержання конституційної процедури розслідування та розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту. У Конституції України про обов'язковість висновків Конституційного Суду України не йдеться, втім у ст. 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» вказано, що рішення і висновки Конституційного Суду України є рівною мірою обов'язковими до виконання. Крім цього, є низка актів Конституційного суду України, якими врегульовано процесуальні питання організації роботи Конституційного Суду України: процесуальні і протокольні ухвали.

Як відомо, на сьогодні виникають питання теоретичного змісту про юридичну силу і нормативність рішень Конституційного Суду України. При тому проблем із притаманністю рішенням Конституційного Суду України, наприклад, таких ознак джерел права як офіційність, наявність відповідної форми, не існує.

Те, що у низці правових актів України для характеристики рішень Конституційного Суду України вжито так ознаку як «обов'язковість до виконання» всіма вказує на те, що цими рішеннями накладається, по-перше, заборона щодо будь-якої реалізації акта повністю чи окремих його положень, що

© Лунь З., 2008

визнані неконституційними по-друге, такий акт не може бути основою для прийняття інших правових актів, по-третє, відповідні рішення органу конституційної юрисдикції є підставою для перегляду рішень судами чи іншими органами, діяльність яких пов'язана із застосуванням права.

На продовження питання про обов'язковість до виконання актів Конституційного Суду України зазначимо, що кожне рішення Конституційного Суду України у конкретній справі містить у резолютивній частині положення про те, що воно є обов'язковим до виконання на всій території України без конкретно визначеного кола суб'єктів.

У світлі обов'язковості виконання рішень Конституційного Суду України дещо двозначно виглядає зміст ч.ч. 2, 3 с. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України». По-перше, йдеться про те, що Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні, висновку порядок і строки їх виконання, а також покласти на відповідні державні органи обов'язки щодо забезпечення *виконання* рішення, *додержання* висновку (вид.-З.Л.). Ця норма звужує зміст норми ст.. 69 даного закону, у якій сказано, що рішення і висновки є обов'язковими до виконання. Як на нас, то, звичайно, коректнішим є положення ст.. 20 Закону, яке дещо «спрощує» вирішення питання про виконання рішень Конституційного Суду України. Втім, це і ускладнює аналіз законодавства і практики Конституційного Суду України. Йдеться про те, що на практиці висновками Конституційного Суду України називаються ті його акти, якими вирішено питання відповідності Конституції України законопроекту про внесення змін до Основного Закону.

Тому виконання актів Конституційного Суду України має бути диференційованим і залежати від їх правової природи. Як бачимо, певні нюанси вирішення цієї проблеми є закріплені і на рівні закону.

По-друге, обов'язковість виконання рішення не кореспондується із додатковим правом Конституційного Суду України, хоч і в разі необхідності, покладати на державні органи обов'язки щодо забезпечення виконання рішення, додержання висновку. Частота такої практики може призвести до появи суттєвих розбіжностей у розумінні суті конституційного контролю та діяльності органу конституційної юрисдикції.

Саме обов'язковість до виконання, поширення дії на всю територію держави та спрямування цієї дії на неперсоніфіковане коло осіб і дає нам право доказувати нормативну природу рішення єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні.

Як зазначають українські вчені нормативно-правові акти знаходяться між собою у ієрархічній підпорядкованості, яка і визначає їх юридичну силу, крім того нормативно-правовий акт, відображає волю уповноваженого суб'єкта права, є обов'язковим до виконання, має документальну форму закріплення, забезпечується у виконанні державою. Втім, не слід забувати, що юридична сила – це властивість саме нормативно-правового акта, а не, наприклад, акта застосування права.

З огляду на це виникає питання, чи свідомо законодавцем було закладено положення (ст. 69 Закону України «Про Конституційний Суд України», яким фактично однозначно визначено правову природу актів Конституційного Суду

України. З цим, звичайно, важко погодитися, бо, все ж таки правова природа рішення (у родовому визначенні цього поняття – З.Л.) залежить від того, яка його суть і з якого приводу його було прийнято.

Крім того важко стверджувати чи навіть намагатися доказувати, що ідея створення та діяльності Конституційного Суду передбачала надання йому правотворчих функцій. Більше того, концепція спеціалізованого органу конституційної юрисдикції, ідейним натхненником якої був Ґ.Кельзен передбачала, що орган конституційної юрисдикції виконує функцію «негативного законотворця», тобто скасовуючи неконституційну норму Конституційний Суд не створює загальної норми, він лише приводить у відповідність до Конституції правове поле держави. Більше того, як писав Ґ.Кельзен суттєва відмінність між законотворенням і анулюванням законів полягає в тому, що для законодавця характерним є вільне нормотворення, тоді як при здійсненні конституційного судочинства діяльність органу конституційного правосуддя є детермінована і обмежена рамками Конституції в напрямку відновлення порушеної конституційної законності.

У правовій літературі дійсно має місце підхід, згідно з яким рішення Конституційного Суду України, якими встановлено конституційність правових актів і їх окремих положень є частиною поточного законодавства і за ознаками ієрархії передують законам, тобто займають місце після Конституції України. І ця позиція цілком узгоджується із практикою, коли рішення Конституційного Суду України діє безпосередньо і не потребує додаткового прийняття акта парламенту, на відміну від декотрих держав, в яких рішення органу конституційної юрисдикції потребує додаткових дій з боку органів державної влади.

Дана позиція є прийнятною і щодо низки рішень Конституційного Суду України, у яких здійснено офіційне тлумачення Конституції України.

Не дивлячись на однакову назву актів, вони різняться за суттю і змістом. Якщо рішення Конституційного Суду про визнання акта неконституційним може застосовуватися автономно, самостійно, тобто незалежно від Конституції, то застосування рішення щодо офіційного тлумачення Основного Закону здійснюється невід'ємно від Конституції. Крім того, рішення про офіційне тлумачення Конституції і рішення про конституційне тлумачення закону також не є тотожними за низкою параметрів.

У контексті нашого виступу цікавими є рішення Конституційного Суду про офіційне тлумачення Конституції України. Здійснюючи офіційне тлумачення Конституції України Конституційний Суд України має справу із нормативним тлумаченням. Нормативне тлумачення призначене для поширення його на невизначене коло осіб і випадків. Його не пов'язують з конкретною ситуацією, суб'єктами чи обставинами. Таким чином акти, які є результатом здійснення нормативного тлумачення можуть застосовуватися неодноразово.

Як зазначають деякі науковці, нормативне конституційне тлумачення виступає як частина норми, що тлумачиться. Більше того нормативне тлумачення Конституції не впливає на її зміст, воно не змінює її суті. Більше того рішення про офіційне тлумачення Конституції України є її органічною частиною і становлять із нею єдину цілісну матерію. З огляду на це, виникає питання, чи поширюється принцип обов'язковості до виконання рішення Конституційного Суду України на ті рішення, у яких було здійснено офіційне тлумачення

положення Основного Закону України, до якого згодом було внесено зміни. Наприклад, ст. 82 Конституції України була змінена так, що із її змісту вилучено ч.5, при цьому всі інші норми цієї статті Конституції України, щодо яких є офіційне тлумачення Конституційного Суду України у змістовій частині змін не зазнали. Тобто формально ст. 82 Конституції України викладено у новій редакції, хоча зміст її положень залишився тим самим. На наш погляд ця проблема і схожі з нею може бути вирішена наступним чином. Оскільки Рішення Конституційного Суду України стосувалося не статті 82 Конституції України з усіма її формальними ознаками, а *положень* (вид.-З.Л.) статті 82, тобто змісту відповідної норми, то, звісно, що це рішення буде чинним. Однак, такий підхід не вирішує проблеми із питанням втрати обов'язковості і преюдиції мотивувальної частини рішень Конституційного Суду України.

Отож, вирішити питання про правову природу актів Конституційного Суду України однозначно неможливо. Втім, диференційований підхід до вирішення цього питання дасть можливість вирішити проблеми пов'язані, по-перше, із забезпеченням ефективності виконання рішень Конституційного Суду України, по-друге, із застосуванням та обов'язковістю мотивувальної частини рішень. І звичайно, засобом вирішення цих питань мають бути відповідні зміни Закону України «Про Конституційний Суд України» та прийняття нормативно-правового акта, яким би регулювалися відносини щодо видів та юридичної сили правових актів України.

ФУНКЦІЇ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ

Пілат Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Впровадження в систему органів державної влади України поста Президента України з одного боку засвідчило готовність України не лише сприймати, а й втілювати в життя передовий досвід правових інститутів розвинених демократичних країн, а з іншого – значно посилило увагу в нашому суспільстві до інституту президентства взагалі та, водночас, створило розмаїття поглядів серед науковців, політиків й широкої громадськості загалом. Серед вітчизняних дослідників помітною є відмінність у підходах до характеристики цього інституту й, особливо, його місця в конституційно визначеному механізмі держави та функціонального спрямування. Разом з тим, слід зазначити, що нерідко критичні відгуки з'являються без проведення глибокого й всебічного аналізу політико-правової системи нашої держави, а отже й чинників, які впливають на її функціонування.

Нині в Україні відбувається політико-правова реформа, яка передбачає перерозподіл ряду функцій і повноважень законодавчої і виконавчої гілок державної влади, а також Президента України, що, у свою чергу, об'єктивно передбачає створення фундаментальних теоретичних основ подальшого функціонування цього інституту. Тому переосмислення ролі та фактичного місця зазначеного інституту в системі вищих органів державної влади, необхідно зрештою у контексті становлення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної та правової держави.

Вже традиційно у науці конституційного права, виділяють юридичний (правовий) статус Президента України як одноособового органу публічної влади, який займає провідне місце в системі органів державної влади та наділений функціями і повноваженнями, визначеними Конституцією та законами України. Певною мірою це можна пояснити тим, що політична чутливість теми зумовлює більшу увагу науковців до формально-юридичної сторони даного інституту. У зв'язку з цим, постає питання визначення фактичного статусу Президента України, який об'єктивно зумовлюється особливостями його функціонування, а отже, усвідомлення фактичного статусу Президента України як система політико-правових можливостей ефективної та повноцінної реалізації визначених Основним Законом України функцій Глави держави, Головнокомандувача Збройними Силами, гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина на сьогодні є дуже важливим.

У нашій державі Президенту належить особливе місце, оскільки він уособлює державу, виступає від її імені та забезпечує узгоджене функціонування всього державного механізму. По-перше це обумовлюється тим, що Президент структурно не належить до жодної з гілок влади, по-друге – причетний до функціонування кожної. Все це ускладнює чітке наукове визначення місця й ролі

© Пілат Є., 2008

глави держави у державному механізмі, який базується на принципі поділу влади, і потребує ґрунтовного дослідження функціонального призначення цього органу.

На думку українських вчених О.Н. Ярмиша та В.О. Серьогіної, функції Президента України – це основні напрями діяльності глави Української держави, які виражають його місце і загальне призначення у державному механізмі, а також роль у вирішенні суспільних завдань, що стоять перед державою.

Конституція України не містить чіткого та вичерпного переліку функцій Президента України, перераховуючи їх упереміш з цілями та повноваженнями. Тому визначення науково обґрунтованої системи функцій глави Української держави можливе лише шляхом аналізу всього комплексу конституційних норм і узагальнення наявних у нього повноважень.

Всі функції, конституційно покладені на Президента України, складають логічно завершену систему, визначальне місце в якій займають два прерогативні напрямки його діяльності – забезпечення єдності державної влади та представництво держави.

Введення інституту Президента в Україні обумовлюється перш за все необхідністю забезпечення узгодженого функціонування державного механізму, організованого на засадах поділу влади. Метою його функціонування є забезпечення єдності державної влади. Жоден інший орган державної влади не виконує і не може виконувати цієї функції в механізмі держави, заснованому на принципі розподілу влад, оскільки для їх виконання потрібні незалежність і нейтральність, а цими властивостями володіє тільки глава держави. Тому слід виділити функцію забезпечення єдності державної влади, яка включає наступні елементи (координація діяльності всіх гілок влади; забезпечення балансу влад; припинення дій органів, які порушують єдність влади,зокрема зловживання правом).

Іншим важливим напрямом діяльності Президента України є функція забезпечення державного суверенітету та національної безпеки України прямо закріплена ч.2 ст. 102 і п.1 ст. 106 Основного Закону й деталізована у повноваженнях Президента, передбачених пп.17-21 ст. 106 Конституції (право здійснювати керівництво у сферах національної безпеки і оборони, право приймати рішення про мобілізацію, про введення воєнного та надзвичайного стану та ін.). Функція забезпечення реалізації основних прав і свобод громадян також відображена у ч.2 ст. 102 і більш широко розкрита у пп.25-27 ст. 106 Конституції (право нагородження державними нагородами, право прийняття рішень з питань громадянства, про надання притулку в Україні та право помилування). Головною прикметою зазначених повноважень глави держави є їх чітко індивідуальна спрямованість та конкретність.

Функція Президента щодо формування персонального складу органів державної влади закріплена у пп. 5, 9-14 ст. 106 Основного Закону. При цьому, одні посадові особи призначаються Президентом самостійно (глави дипломатичних представництв України, третина складу Конституційного Суду України, вище командування Збройних Сил України), решта – за участю інших державних інститутів.

Контрольна функція Президента України обумовлена, з одного боку, необхідністю контролю за втіленням в життя рішень і актів самого глави держави, а з іншого – повноваженнями Президента відносно відповідальних перед ним органів насамперед – Кабінету Міністрів та інших органів державної влади).

Зважаючи на політико-правову природу інституту Президента України, враховуючи функціональну спрямованість його діяльності та сферу повноважень на сучасному етапі конституційної реформи, вважаю за доцільне ствердити те, що діяльність Президента опосередковує собою здійснення самостійного виду державної влади – президентської влади, оскільки Президент України самостійно видає нормативні акти (укази), здійснює функції і повноваження, властиві лише йому і не може їх делегувати та має підпорядковані йому органи і служби.

ЮРИДИЧНА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ОБОВ'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я.

Сенюта І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одними із складних і недостатньо досліджених у теорії медичного права є питання, що пов'язані із юридичними обов'язками людини у сфері охорони здоров'я.

Аналіз загальнотеоретичної наукової літератури дає підстави сформулювати визначення поняття *юридичного обов'язку людини в галузі охорони здоров'я*. Під таким обов'язком розуміємо закріплену в законодавстві та гарантовану державою необхідність певної поведінки людини, яка спрямована на забезпечення прав та охоронюваних інтересів інших осіб і/або сприяє збереженню, зміцненню, розвитку та, у разі порушення, відновленню максимально досяжного рівня фізичного і психічного стану власного організму. Структура юридичного обов'язку в цій царині, виходячи з загальної теорії права (В. Нерсесянц, П. Рабінович, В. Сирих та ін.), виглядатиме таким чином:

1. Обов'язок активної поведінки:

1.1 обов'язок, який покладається на суб'єктів медичних правовідносин і передбачає вчинення будь-яких активних дій на користь іншої особи. Такі дії повинні завершитись наданням цій особі відповідного матеріального чи духовного блага. Для прикладу, в ст. 39 Основ законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основи) передбачено обов'язок надання медичної інформації. Медичний працівник зобов'язаний надати пацієнтові в доступній формі інформацію про стан його здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я (ч. 3 ст. 39 Основ). Як бачимо, у цьому випадку активні дії вчинено медичним працівником на користь пацієнта, який відповідно до чинного законодавства (ст. 32 Конституції України, ст. 285 Цивільного кодексу України, п. «е» ст. 6, 39 Основ, Рішення Конституційного Суду України (справа К. Устименка) від 30.10.1997 р.) має право на таке благо як медична інформація;

1.2 обов'язок, який покладається власне на саму фізичну особу та передбачає вчинення будь-яких активних дій на забезпечення максимально досяжного рівня фізичного і психічного стану її організму. З-поміж інших, це обов'язок робити щеплення, закріплений у п. «б» ст. 10 Основ, ст. 5 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», ст. 12 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб». Такі дії вчинюються людиною на свою користь і спрямовуються на створення в організмі специфічної несприйнятливості до інфекційних хвороб.

2. Обов'язок зазнати стягнень, які застосовуються:

2.1 обов'язок, що покладається на особу, яка вчинила якесь правопорушення, тобто не виконала покладеного на неї обов'язку в медичних правовідносинах. Зокрема, за невиконання чи неналежне виконання медичним

© Сенюта І., 2008

працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення, якщо це спричинило тяжкі наслідки для хворого, наступає кримінальна відповідальність за ст. 140 Кримінального кодексу України;

2.2 особа, яка не виконала покладеного на неї обов'язку щодо себе, підпадатиме під застосування санкцій. Наприклад, на підприємства, установи, організації покладається обов'язок усувати від роботи, навчання, відвідування дошкільних закладів осіб, які є носіями збудників інфекційних захворювань**,** які ухиляються від обов'язкового медичного огляду або щеплення проти інфекцій, перелік яких встановлюється центральним органом виконавчої влади в галузі охорони здоров'я (ст. 7 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення»).

Суб'єктивне право і юридичний обов'язок нерозривно пов'язані один з одним, один без одного не існують. Так, для прикладу, фізична особа має право на таємницю про стан здоров'я (ст. 286 Цивільного кодексу України, ст. 39-1 Основ) і відповідно медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя, не мають права розголошувати ці відомості (ст. 40 Основ).

З метою більш детального вивчення цієї проблематики доречно провести класифікацію обов'язків у галузі охорони здоров'я. Обираючи за критерій класифікації – *суб'єкт реалізації обов'язку* – виділимо дві групи, а саме *загальні*, тобто ті, які належать до виконання усім фізичним особам у галузі охорони здоров'я і *спеціальні*, які покладаються на осіб, що стали суб'єктами медичних правовідносин, основними з яких є медичний працівник і пацієнт.

Загальні обов'язки визначені у ст. 10 Основ, до яких, зокрема, відносяться такі:

а) піклуватись про своє здоров'я та здоров'я дітей, не шкодити здоров'ю інших громадян. Аналогічна норма міститься і в Законі України «Про забезпечення санітарного й епідемічного благополуччя населення» (ст. 5), у якому передбачено й численні заходи, спрямовані на реалізацію цього обов'язку. Наприклад, у ст. 21 цього Закону визначено обов'язок органів та закладів охорони здоров'я, медичних працівників, а також працівників освіти і культури пропагувати серед населення гігієнічні навики, здоровий спосіб життя. З-поміж основних завдань, закріплених у Міжгалузевій комплексній програмі «Здоров'я нації» на 2002-2011 (2002), передбачено розроблення і реалізацію міжгалузевих стратегій, спрямованих на пропаганду, формування і заохочення здорового способу життя.

Досвід зарубіжних країн свідчить, що інколи зазначений обов'язок закріплюється на конституційному рівні. Так, зокрема, у ст. 39 Конституції Македонії (1991) закріплено положення згідно з яким громадянин має право й обов'язок берегти і зміцнювати своє власне здоров'я і здоров'я інших. У Конституції Португалії (1976) регламентовано право кожного на охорону здоров'я та обов'язок його охороняти й зміцнювати (ст. 64). Доречно було б, щоб в Основному Законі нашої держави знайшов відображення ще один конституційний обов'язок – берегти і зміцнювати своє здоров'я та здоров'я інших людей, адже проблеми, які пов'язані із захворюваннями і здоровим способом життя, особливо боротьбою із туберкульозом, гепатитом С, ВІЛ/СНІДом, венеричними захворюваннями, алкоголізмом, наркоманією є, на жаль, актуальними для України;

б) у передбачених законодавством випадках проходити профілактичні медичні огляди і робити щеплення. У ч. 4 ст. 286 Цивільного кодексу України та ст. 31 Основ закріплено обов'язок фізичної особи до проходження медичного огляду в випадках, встановлених законодавством. Дане положення деталізується у численних підзаконних актах, зокрема у Порядку проведення медичних оглядів працівників певних категорій, затвердженому Наказом МОЗ України від 21.05.2007 р., у якому закріплено обов'язкові попередній (під час прийняття на роботу) і періодичні (протягом трудової діяльності) медичні огляди, які проводяться для працівників, зайнятих на важких роботах, роботах із шкідливими чи небезпечними умовами праці або таких, де є потреба у професійному доборі, та щорічно для осіб віком до 21 року. У Порядку проведення медичного огляду та медичного обстеження осіб, які зловживають наркотичними засобами або психотропними речовинами, затвердженому Наказом МОЗ України від 16.06.1998 р. передбачено, що особи, які незаконно вживають наркотичні засоби або психотропні речовини, направляються органами внутрішніх справ на медичний огляд до лікувально-профілактичного закладу, що надає диспансерну наркологічну допомогу. Ухилення осіб від медичного огляду або медичного обстеження тягне за собою відповідальність згідно з чинним законодавством. Стаття 12 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» закріплює обов'язок проходити профілактичні щеплення для окремих категорій осіб («Працівники окремих професій, виробництв та організацій, діяльність яких може призвести до зараження цих працівників та (або) поширення ними інфекційних хвороб, підлягають обов'язковим профілактичним щепленням також проти інших відповідних інфекційних хвороб. У разі відмови або ухилення від обов'язкових профілактичних щеплень у порядку, встановленому законом, ці працівники відсторонюються від виконання зазначених видів робіт»).

в) подавати невідкладну допомогу іншим громадянам, які знаходяться у загрозливому для життя і здоров'я стані. Закон загалом покладає такий обов'язок на усіх фізичних осіб у державі, за невиконання якого передбачено кримінальну відповідальність за ст. 136 Кримінального кодексу України («Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані»). За статистикою рішень судів Львівської області за вчинення діяння, що становить склад вище зазначеного злочину, було засуджено за період 2001-2007 (І півріччя) роки 5 осіб (у 2002 р. – 1 ос.; у 2006 р. – 2 ос.; у 2007 р. – 2 ос.).

Обов'язки суб'єктів медичних правовідносин, тобто *спеціальні*, які можемо поділити на: 1) обов'язки пацієнтів; 2) обов'язки медичних працівників; 3) обов'язки законних представників пацієнтів; 4) обов'язки членів сім'ї, близьких родичів пацієнта тощо. Одним з найбільш складних і дискусійних проблем у медичному праві є питання обов'язків пацієнтів та необхідність їх чіткої законодавчої регламентації. Обов'язки цієї категорії суб'єктів також можемо прокласифікувати на *основні*, тобто ті, які належать усім пацієнтам та *окремі*, якими наділені деякі категорії цих суб'єктів медичних правовідносин.

Основні обов'язки пацієнтів можемо визначити, проаналізувавши Цивільний кодекс України й Основи. Законодавчої норми, яка була б безпосередньо присвячена регламентації обов'язків цієї категорії суб'єктів в Основах немає. До таких обов'язків належать: 1) виконувати медичні приписи (ч.

2 ст. 34 Основ); 2) виконувати правила внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я (ч. 2 ст. 34 Основ); 3) у невідкладних випадках, коли є наявною реальна загроза життю, отримувати медичну допомогу без свої згоди чи згоди законного представника (ч. 5 ст. 284 Цивільного кодексу України, ч.2 ст. 43 Основ); 4) виявляти повагу до професійної честі й гідності медичного працівника (п. «л» ст.77 Основ).

Для з'ясування кола обов'язків пацієнтів, які відносяться до класифікаційної групи – *окремі*, варто проаналізувати законодавчі акти, які регламентують необхідну поведінку в конкретних напрямах медичної допомоги. Так, зокрема у ст.15 Закону України «Про запобігання захворюванню на синдром набутого імунодефіциту (СНІД) та соціальний захист населення», передбачено такі обов'язки ВІЛ-інфікованих та хворих на СНІД: 1) вживати заходів щодо запобігання поширенню ВІЛ-інфекції, запропонованих закладами охорони здоров'я; 2) повідомити осіб, які були з ними у статевих контактах до виявлення факту інфікованості, про можливість їх зараження; 3) відмовитися від донорства крові, її компонентів, інших біологічних рідин, клітин, органів і тканин для використання їх у медичній практиці. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про боротьбу із захворюванням на туберкульоз» до обов'язків хворих на туберкульоз належать такі: 1) дотримуватись режиму лікування; 2) виконувати призначення лікаря протитуберкульозного закладу; 3) проходити у встановлені строки необхідні медичні огляди та обстеження; 4) дотримуватись вимог санітарно-гігієнічних і санітарно-протиепідемічних правил і норм у лікувально-профілактичних закладах, на роботі та в побуті тощо. За невиконання обов'язків у цих царинах серед санкцій передбачено й кримінальну відповідальність за ст. 130 Кримінального кодексу України («Зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби»).

На сьогодні, вважаємо за необхідне, належно законодавчо закріпити правовий статус суб'єктів медичних правовідносин, зокрема в контексті регулювання необхідної поведінки. При творенні нового законодавства варто пам'ятати про забезпечення балансу при регламентації прав й обов'язків суб'єктів медичних правовідносин і дотримання ключової формули: право пацієнта – обов'язок медичного працівника, право медика – обов'язок пацієнта.

ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ ОСНОВНОГО ЗАКОНУ УКРАЇНИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ.

Чушенко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Структура Конституції України.

Основний Закон держави повинен являти системно-структурну цілісність, що складається з інститутів, які займають логічно обумовлене місце в її системі залежно від їх функціонального навантаження. Таким в цілому є наш Основний Закон. В преамбулі формулюються цілі, мета побудови держави, найважливіші вихідні положення, які покладені законодавцем в основу всієї Конституції. Продовжуючи зміст преамбули, перший розділ Основного Закону закріплює загальні засади конституційного ладу як керівних начал, що визначають сутність Конституції в цілому, всіх її інститутів і кожної статті зокрема. Пріоритетність людини як найвищої соціальної цінності – зміст логічно обумовленого другого розділу Конституції, «Права, свободи та обов»язки людини і громадянина». Інтересам людини, захистові її прав і свобод повинні служити організація державної влади та самоврядування країни. Держава відповідає перед громадянами за свою діяльність. З цього виходить Конституція, присвячуючи наступні розділи питанням організації та здійснення державної влади і самоврядування. Щоправда побудова державного механізму та самоврядних органів здійснюється відповідно до державно-територіального устрою. Норми щодо форми держави і, зокрема, державного устрою, форми правління, територіальної організації вміщуються в діючій Конституції. Одначе сформульовані вони в різних розділах, не створюють окремого цілісного конституційно-правового інституту, який би займав системно обумовлене йому місце перед розділами Конституції про формування та здійснення державної влади і місцевого самоврядування. До речі, в офіційному липневому (1992 р.) проекті Конституції України такий розділ був і формулювався він перед розділом про державну владу. Отож проблема певного структурного удосконалення Основного Закону залишається за майбутнім.

2. Основи правового статусу людини, громадянина в Україні.

Як свідчить досвід реалізації конституційних положень щодо прав та обов»язків людини і громадянина, цей розділ Конституції України потребує, на нашу думку, деякого доповнення. Насамперед йдеться про посилення гарантій соціально-економічних прав громадян, які би забезпечували реальність рівності усіх суб»єктів права перед законом. В Основному Законі (стаття 1) Україна проголосила себе демократичною, соціальною, правовою державою, яка ґрунтується на соціальній справедливості, що забезпечує соціальним верствам реалізацію їх прав, культурно-економічний рівень життя, який відповідає встановленим стандартам.

У низці статей Конституції України (13, 141, 43, 45-49 та ін.) проголошено прагнення держави забезпечити відповідний соціальний стандарт життєдіяльності людей. Однак достатньому життєвому рівню людини (ст.. 48), та

© Чушенко В., 2008

й взагалі підтриманню нормального прожиткового мінімуму громадян, фактично приділено мало уваги. Хто це має зробити? На ці запитання міг би відповісти основний Закон.

Це надасть йому не декларативного характеру, а реального у цій частині політико-правового акта.

3. Організація державної влади в Україні.

Органи держави, що являють собою організацію політичної публічної влади країни, функціонують як певна система. Система державних органів України визначається її Основним Законом – Конституцією (ст. 6). Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

Оцінюючи Конституцію України в цілому, відзначимо, що в ній кожна із гілок влади наділяється функціями і повноваженнями, які свідчать про їхню самостійність у державному механізмі. Водночас вміщуються положення щодо співпраці окремих підрозділів влади, їхньої взаємодії, важелі можливого взаємовпливу. Виникає, звичайно, питання про те, наскільки норми закону оптимальні у конкретних умовах державотворення, як вони сприяють соціально-економічним перетворенням в країні. Особливо це стало помітним після впровадження в життя Закону України від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України» та ухвалення Верховного Радою України 21 грудня 2006 р. Закону «Про Кабінет Міністрів України». Виникла ситуація певного дисбалансу влади. Формування найбільш доцільної системи стримувань і противаг окремих гілок влади обумовлює необхідність реформування Конституції та конституційного законодавства.

Як засвідчує практика формування парламенту, місцевих рад України в останні роки для більш реального волевиявлення народу і забезпечення підзвітності депутатів перед виборцями доцільніше у виборчих законах зафіксувати мажоритарну виборчу систему з наданням права висування кандидатів у депутати політичним партіям (блокам партій), громадсько-суспільним об»єднанням.

Потребують уточнення конституційні положення (ст..ст. 81, 90 Конституції України) щодо припинення повноважень народних депутатів в Україні. Оптимальнішим, на наш погляд, припинення повноважень парламентаріїв, поєднувати одночасно з припиненням повноважень Верховної Ради України(чи то у зв»язку з закінченням її каденції чи дочасного припинення повноважень парламенту). Це унеможливить у майбутньому повторення ситуації, що мала місце в державі, коли Президент схвалює Указ про достроковий розпуск Верховної Ради України, а її депутати залишаються повноправними, оскільки їх повноваження припиняються за діючою Конституцією в день відкриття першого засідання Верховної Ради України нового скликання.

Заслуговують на увагу більш повного нормативно-правового регулювання конституційні положення щодо порядку формування уряду – Кабінету Міністрів України. Йдеться передусім про право Президента вносити кандидатуру для призначення на посаду Прем»єр-міністра України. Президент вносить цю

кандидатуру на розгляд парламенту за пропозицією коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України. У вже зазначеному Законі України «Про Кабінет Міністрів України» говориться, що у разі невнесення президентом України до Верховної Ради України подання про призначення на посаду Прем»єр-міністра України у строк, визначений Конституцією України, подання про призначення на зазначену посаду вносить до Верховної Ради України коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України. Звичайно, це положення закону про правовий статус уряду протирічить Основному Закону України, адже воно зазіхає на повноваження Глави держави як арбітра нації, що урівноважує всі гілки влади в процесі досягнення ними спільної мети. Суть новелізації Основного Закону в контексті розмови повинна полягати в тому, що в Конституції мусять бути сформульовані підстави, за наявності яких Президент інформує Верховну Раду про неможливість внесення подання щодо запропонованої кандидатури.

З аналогічних міркувань доцільно доповнити Конституцію України, що Президент не тільки вносить до Верховної Ради України подання про призначення Міністра оборони України, Міністра закордонних справ України, а й що звільнення цих міністрів можливе лише за згодою Президента, який є Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України, здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю держави.

Ще одне, далеко не останнє, питання. Президент України зупиняє дію актів Кабінету Міністрів України з мотивів невідповідності Конституції з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності. Логічним, на наш погляд, було б доповнення конституційного тексту, що такий акт уряду до рішення Конституційного Суду України є нечинним. Цього в теперішніх реаліях вимагають інтереси зміцнення законності і правопорядку в державі.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ОСОБЛИВОСТІ ФІНАНСУВАННЯ ПОЗАЧЕРГОВИХ ВИБОРІВ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ У 2007 РОЦІ.

Коцюруба. О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У 2007 році, мабуть, найбільш обговорюваним серед широкого загалу стало питання, яким чином організувати та провести позачергові вибори народних депутатів так, щоб максимально забезпечити дотримання таких загальних засад виборчого процесу як заборона незаконного втручання у виборчий процес, публічність та відкритість, свобода передвиборної агітації, рівний доступ кандидатів і партій (блоків) до засобів масової інформації. Далеко не останню роль у гарантуванні з боку держави дотримання цих засад відіграє фінансування виборів народних депутатів.

Правовою основою державного фінансування виборів народних депутутів є на сьогодні Розділ IV та ст. 98 Закону України "Про вибори народних депутатів України" (далі -Закон), Закон України "Про політичні партії в Україні. Аналізуючи положення цих нормативно-правових актів можна виділити два види державного фінансування пов'язаного з виборчою кампанією: *фінансове забезпечення підготовки і проведення виборів за рахунок коштів Державного бюджету* та *проведення відшкодування витрат партій(партій, що входили до блоку), пов'язаних з фінансуванням їх передвиборної агітації.*

Особливості *фінансового забезпечення підготовки і проведення за рахунок коштів Державного бюджету позачергових виборів* народних депутатів у 2007 році пов′язані насамперед з довоготривалим процесом визнання легітимності розпуску Верховної Ради України. Без внесення відповідних змін до Закону України "Про Державний бюджет на 2007 рік" організація та проведення позачергових виборів не могла б відбутися. Проект закону про внесення змін до закону про Державний бюджет на поточний рік відповідно до Бюджетного кодексу України та Регламенту Верховної Ради України подається саме Кабінетом Міністрів України. Проведення позачергових виборів передбачає зміну структури видатків державного бюджету, що відповідно до ст. 52 Бюджетного кодексу може стати підставою внесення змін до закону про Державний бюджет. Відповідно до ч. 2 ст. 24 Бюджетного кодексу України рішення про виділення коштів з резервного фонду бюджету для здійснення непередбачуваних видатків та порядок використання коштів резервного фонду бюджету також приймається Кабінетом Міністрів України. Отже, без визнання легітимним Указу Президента про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України Кабінетом Міністрів України та самим Парламентом, без прийняття відповідних рішень про джерела фінансування витрат пов"язаних з організацією та проведенням виборів, неможливо втілити в життя передбачене Конституцією України та ст. 15 Закону право Президента на призначення позачергових виборів народних депутатів.

© Коцюруба. О., 2008

Указом Президента України від 2 квітня 2007 року № 264 припинено достроково повноваження Верховної Ради України V скликання і призначено позачергові вибори до Верховної Ради України на 27 травня 2007 року та встановлено, що Кабінет Міністрів України має забезпечити фінансування позачергових виборів до Верховної Ради України.

Верховна Рада України в свою чергу вжила заходів, щоб унеможливити виконання даного Указу Президента. Кабінету Міністрів України відповідно до п. 5 Постанови Верховної Ради України від 2 квітня 2007 року № 837 "Про запобігання діям, що загрожують конституційному правопорядку, громадському спокою і стабільності в Україні" і Національному банку України відповідно до Постанови Верховної Ради України від 3 квітня 2007 року № 847 "Про деякі заходи щодо запобігання порушенням конституційного ладу та забезпечення невтручання Національного банку України у дії, які загрожують конституційному правопорядку" заборонялося вживати будь-яких заходів для забезпечення фінансування позачергових виборів.

Президент України для врегулювання ситуації скликає засідання Ради Національної безпеки і оборони(далі – РНБО). Рішенням РНБО "Про суспільно-політичну ситуацію та невідкладні заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян України" від 5 квітня 2007 року на Кабінет Міністрів України покладалося завдання до 7 квітня 2007 року вирішити питання про виділення Центральній виборчій комісії з резервного фонду державного бюджету 340 млн. гривень на проведення 27 травня 2007 року позачергових виборів до Верховної Ради України. Від таких дій Кабінет Міністрів України відмовився прийнявши 11 квітня 2007 року Постанову "Про заходи щодо запобігання діям, які порушують Конституцію та закони України" № 617, дія якої була зупинена Президентом з одночасним поданням до Конституційного суду з клопотанням визнати її такою, що не відповідає Конституції України. Конституційний суд не став арбітром у конфлікті гілок влади і виніс ухвалу про відмову у відкритті провадження вже після скасування 5 вернесня 2007 року цієї постанови самим Кабінетом Міністрів України.

Відмова Кабінету Міністрів України забезпечити відповідне фінансування та фактична бездіяльність Центральної виборчої комісії унеможливлюють проведення позачергових виборів до Верховної Ради України 27 травня 2007 року. 26 квітня 2007 року Президент України видав Указ № 355 "Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів" яким скасував свій попередній Указ від 2 квітня 2007 року N 264 призначивши дострокові вибори з іншої підстави на 24 червня 2007 року. Верховна Рада знову Постановою № 1094 визначила Указ Президента таким, що виданий за відсутності законних підстав.

Ситуація була врегульована лише після досягнення 27 травня 2007 року домовленостей між Президентом, Головою Верховної Ради України та Прем′єр-міністром про проведення виборів 30 вересня 2007 року, що знайшло своє закріплення в Указі Президента України № 496 від 5 червня 2007 про визнання таким, що втратив чинність, Указу від 26 квітня 2007 року N 355. Лише тоді Верховна Рада України внесла зміни до Закону України “Про Державний бюджет 2007 року” передбачивши в ньому видатки з загального фонду бюджету на проведення позачергових виборів народних депутатів 30 вересня 2007 року.

Для врегулювання в подальшому подібних конфліктів в Бюджетному кодексі України та Регламенті Верховної Ради України слід предбачити такий механізм внесення змін до закону про Держакний бюджет, внаслідок прийняття рішення про призначення позачергових виборів народних депутатів, що унеможливлював би затягування або ухиляння Кабінету Міністрів України чи Верховної Ради України від цих дій.

Дискусійним серед населення залишається питання необхідності проведення відшкодування витрат партій (партій, що входили до блоку), пов'язаних з фінансуванням їх передвиборної агітації.

Політичні партії повинні виконувати важливі функції, закріплені в Конституції України, а саме сприяти формуванню і вираженню політичної волі громадян, брати участь у виборах (стаття 36 Конституції України). Ці функції мають загальнодержавну вагу, а тому їх здійснення має підтримуватися і гарантуватися державою, у тому числі, шляхом фінансової підтримки діяльності політичних партій. Введення в законодавстві України таких положень відповідає практиці зарубіжних країн (зокрема, Польщі, Чехії, Німеччини, Франції, Швеції, Австрії, Греції).

Ст. 98 Закону "Про вибори народних депутатів України" та Законом України "Про політичні партії в Україні" передбачено встановлення компенсацій партіям (виборчим блокам партій) коштів, витрачених на проведення виборчих кампаній. Відшкодування отримують партії (партії, що входили до блоків) виборчі списки яких отримали три і більше відсотків голосів виборців у розмірі фактично здійснених витрат, але не більше ста тисяч розмірів мінімальних заробітних плат для кожної партії (блоку). Розмір фактично понесених витрат встановлюється за даними звіту про надходження та використання коштів виборчого фонду партії блоку поданого до Центральної виборчої комісії (далі - ЦВК) не пізніш як на п′ятнадцятий день після дня виборів. Подання такої звітності передбачено частиною шостою статті 52 Закону, що детально регламентує вимоги до фінсової звітності партій (блоків).

Станом на 19 жовтня 2007 року звіти подано майже всіма партіями (блоками), за винятком Комуністичної партії України (оновленої) та Виборчого блоку Людмили Супрун – Український регіональний актив. Відповідно до цих відомостей загальний обсяг виборчих фондів партій (блоків), з яких здійснювалося фінансування витрат на передвиборну агітацію партій (блоків) під час позачергових виборів народних депутатів України 30 вересня 2007 року, становив 581,4 млн. гривень. Загальна сума, що підлягає відшкодуванню з урахуванням вимог ст. 98 Закону у 2007 році становить відповідно 185 984 255 грн. Ці кошти розподіляються таким чином: Партії регіонів – 44 млн. грн., "Блоку Юлії Тимошенко" – 44 млн. грн., Блоку "НАША УКРАЇНА – НАРОДНА САМООБОРОНА" – 44 млн. 000 грн., Комуністичній партії України – 14 836 862 грн., "Блоку Литвина" – 39 147 393 грн. [1]

Слід підкреслити особливість відшкодування витрат тим політичним партіям, що входили до виборчого блоку. Відповідно до ч. 5 ст. 98 Закону суми пропорцій, у яких кошти, призначені на відшкодування партіям, що входили до блоку, повинні бути між цими партіями розподілені визначаються за поданням керівного органу блоку. Закон не передбачає, яким саме чином повинна встановлюватия така пропорція, що може призвести до можливих зловживань на користь партії, що стала основою формування блоку.

Відповідно до ч.6 ст. 66 Закону України про вибори народних депутатів передвиборна агітація здійснюється лише за рахунок коштів Державного бюджету та коштів виборчих фондів партій блоків, а використання коштів з інших джерел для проведення передвиборної агітації забороняється. Незважаючи на це, реальний обсяг витрат на передвиборну агітацію за оцінками експертів в десять разів перевищує дані офіційних звітів оприлюднених ЦВК. Тому потребує суттєвого реформування система контролю за фінансуванням передвиборної агітації з боку держави.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗБОРІВ

Левкович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У складі публічних доходів значне місце належить зборам. Ця група доходів є досить неоднорідною за своїм складом, хоча і включає однакові за назвою платежі. Досліджуючи їх економічну та правову природу, можна зробити висновок, що під назвою "збір" законодавець об'єднує кілька відмінних між собою за правовим режимом груп обов'язкових платежів.

Більшість із платежів, які в сучасному законодавстві отримали назву "збір", в історичному минулому підпадали під поняття "мито". У XIX ст. та на початку XX ст. всі кошти, які справлялись до державної скарбниці як умова надання певних прав та здійснення на користь платника юридично значущих дій, мали назву "мито" і відносились до так званих державно-правових доходів. Що стосується платежів, які на сьогодні визначаються як збір за спеціальне використання природних ресурсів, то вони історично походять від таких надходжень, як доходи від "державного майна" або "доменів" та регалій.

Протягом останніх років податкова система України розширювалась саме за рахунок появи нових видів зборів. В її складі з'явились такі платежі, як єдиний збір, що справляється у пунктах пропуску через державний кордон України; збір за розвиток виноградарства, садівництва і хмелярства; збір за використання радіочастотного ресурсу; збір до Фонду гарантування вкладів фізичних осіб (початковий, регулярний, спеціальний).

В українському законодавстві не розкривається поняття "збір" та не провадиться розмежування між такими окремими категоріями обов’язкових платежів, як "збір", "податок", "внесок", "мито" тощо. Не зроблено цього і в проекті Податкового кодексу України, де фактично збори, як і інші платежі, ототожнюються з податками. Н.Ю.Пришва справедливо зазначає, що на сьогодні склалась ситуація, коли до зборів відносять:

1. платежі, що є по суті платою за користування природними ресурсами (наприклад, збір за спеціальне користування лісовими ресурсами);
2. соціальні платежі, такі як збір на обов'язкове державне пенсійне страхування;
3. платежі, що сплачуються в зв'язку з наданням платнику послуг чи певних прав державними органами та органами місцевого самоврядування;
4. платежі, що мають штрафний характер.

Необхідно зазначити, що частину із цих зборів відповідно до Закону України "Про систему оподаткування" включено до податкової системи України, а інші розглядаються поза її межами як неподаткові доходи.

Аналіз всіх зборів, що справляються в Україні, дозволяє класифікувати їх наступним чином:

1. За органами введення: а) загальнодержавні збори; б) місцеві збори;

© Левкович В., 2008

2. За порядком визначення розміру платежу: а) збори, які сплачують у чітко фіксованих розмірах, незалежно від обсягів бази оподаткування; б) збори, розмір яких залежить від фактичної бази оподаткування;
3. За підставами сплати: а) збори за вчинення юридично значущих дій; б) соціальні збори; в) збори, пов'язані з використанням природних ресурсів (збори, які виконують перерозподільну функцію); г) дозвільні збори; д) збори за надання певних прав або переваг; е) збори, як платежі штрафного характеру;
4. За характером платежу: а) збори, які є складовою податкової системи (збори податкового характеру); б) збори, які не входять до складу податкової системи (збори неподаткового характеру).

Для з'ясування правової природи збору необхідно проаналізувати особливості, характерні кожній із основних груп платежів, об'єднаних під назвою "збір". А саме:

1) збори, що входять до податкової системи України:

– соціальні збори;

– збори за вчинення юридично значущих дій;

– всі інші збори, що відповідно до статей 14 та 15 Закону України "Про систему оподаткування" є складовими податкової системи України;

2) збори, як неподаткові обов'язкові платежі. Віднесення їх до обов'язкових платежів пов'язано саме із можливістю застосування до платника механізму примусу з боку держави.

Запропонований вище поділ проведено, виходячи із характеру платежу та підстав його сплати. І хоча він є досить умовним, але, на наш погляд, дозволяє виділити найбільш характерні риси, притаманні зборам.

У складі податкової системи України на сьогодні залишився лише один вид соціального збору – збір на обов'язкове державне пенсійне страхування.

До зборів, які справляються за вчинення юридично значущих дій та надання певних прав, можемо віднести: єдиний збір, який справляється у пунктах пропуску через Державний кордон України; збір за право використання місцевої символіки; збір за право проведення кіно-і телезйомок; збір за видачу дозволу на розміщення об'єктів торгівлі та сфери послуг та ін. Сплата вказаних вище платежів є умовою здійснення на користь платника зустрічних дій чи надання йому спеціальних прав з боку уповноважених на те державних органів, органів місцевого самоврядування.

До третьої групи належать всі інші збори, які сплачуються відповідно до Закону України "Про систему оподаткування". В першу чергу, це збір за спеціальне використання природних ресурсів; збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету; збір за забруднення навколишнього природного середовища. Вказані платежі характеризуються тим, що є своєрідною платою за порушене природне середовище. І до 1997 р. законодавець вживав щодо зазначених платежів саме цей термін. Вказаній групі зборів притаманна регулярність сплати, яка відбувається в чітко визначені законодавцем строки. В зв'язку із вищевикладеним зазначені платежі не можна назвати ні разовими, ні випадковими. Хоча саме ці риси більшість вчених

називає як основні при характеристиці збору. В разі порушення по'рядку та строків сплати, ухилення від оподаткування до платника застосовується механізм примусу, передбачений Законом України "Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами".

Збори, що не входять до податкової системи України, складають самостійну групу платежів до дохідної частини як Державного бюджету України, так і місцевих бюджетів. До введення в дію Закону України "Про джерела фінансування-органів державної влади" від 30 червня 1999 р. ці платежі зараховувалися до бюджету лише частково. Вся сума платежу або визначений законодавцем відсоток від суми збору залишались в розпорядженні державних органів, які здійснювали на користь платника певні юридичні дії, що й були підставою для сплати збору. Але з набуттям чинності зазначеним Законом органам державної влади було заборонено використовувати кошти, одержані за здійснення функцій держави, що передбачають надання дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрацій та інших дій на платній основі, в будь-який інший спосіб, крім зарахування таких коштів до Державного бюджету України (ст.3 Закону). "Кошти одержані за видачу дозволів (ліцензій), митні збори тощо, які до набуття чинності цим Законом відповідно до законодавства України використовувались на створення матеріально-технічної, інформаційної, науково-дослідної бази органів державної влади, а так само на будь-які інші цілі, в повному обсязі зараховуються з дня набрання чинності цим Законом до Державного бюджету України" (ч.2 ст.4). Серед платежів цієї групи – збори за державну реєстрацію лікарського засобу; митні збори; реєстраційні збори, що сплачуються телерадіокомпаніями за видачу ліцензій; збори за послуги, пов'язані з охороною прав на інтелектуальну власність та ін. Кошти зараховуються до Державного бюджету України і використовуються у визначених законом про державний бюджет України напрямках. Вказані платежі фактично є платою (але не її ціною) за послугу державних органів чи надані ними спеціальні права (дозволи). Але, як зазначають вчені, саме перерахування збору господарюючим суб'єктом, ще не тягне за собою обов'язку державного органу надати платнику відповідні права (дозволи).

Всі розглянуті вище збори, незалежно від того, входять вони до податкової системи, чи ні, підпадають під поняття обов'язкових платежів. У зв'язку з цим платежі (крім зборів соціального характеру, які за своєю природою є внесками) мають і ряд спільних рис: 1) обов'язковий характер збору. Несплата збору позбавляє платника можливості отримати від відповідних державних органів послуги публічно-правового характеру чи спеціальні права; 2) збір сплачується лише при умові звернення платника до відповідного органу (або при використанні об'єктів державної чи комунальної власності). Тобто для того, щоб платіж став для платника обов'язковим, на те потрібна його воля; 3) збір не є ціною послуги. Витрати державного органу, пов'язані із наданням послуги чи спеціального права, покриваються за рахунок бюджетних коштів, а не коштів, одержаних у вигляді збору.

МЕЖІ ПОВНОВАЖЕНЬ АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ

Ткач Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З'ясування цього питання має велике значення для глибшого розуміння матеріального аспекту такого правового інституту як адміністративна юстиція. В науковій літературі виділяються два аспекти цієї проблеми: перший – пов'язаний з правовими межами публічно – правового спору, а другий – обумовлений принципом, який покладений в основу визначення кола публічно – правових спорів, підвідомчих адміністративним судам.

Проблема меж публічно – правового спору безпосередньо пов'язана з природою публічного управління, з публічною адміністрацією та іншими суб'єктами владних повноважень, з їх нормотворчою і розпорядчою діяльністю. Адже відомо, що управління, яке здійснюється цими суб'єктами базується на передбаченій законом компетенції кожного з них або на прямій вказівці закону, або на власному (адміністративному) розсуді. Провідним принципом, яким повинен керуватися орган, є законність, хоча не виключена можливість застосування принципу доцільності. У зв'язку з цим можна стверджувати, що публічна адміністрація (суб'єкт владних повноважень), яка є носієм публічного інтересу, не завжди однаково зв'язана з законом. В одних випадках коло справ, які належать до її компетенції, чітко визначені правовою нормою. Тобто, якщо закон в імперативній формі визначає повноваження органу публічної адміністрації щодо реалізації публічного інтересу, то його діяльність повністю залежить від припису законодавця.

В інших випадках органу публічної адміністрації надається свобода діяти на власний розсуд, тобто оцінюючи ситуацію, вибирати один з кількох варіантів дій (або утримуватися від дій) чи один з варіантів можливих рішень. Власне в цьому випадку надане органу право діяти саме таким чином прийнято називати дискреційними повноваженнями. Іншими словами можна сказати, що органи публічної адміністрації користуються певним простором (свободою) як у визначенні конкретних завдань публічної діяльності, так і у виборі найбільш доцільних засобів досягнення поставлених цілей. Діючи в межах цього простору, органи публічної адміністрації реалізують свої дискреційні повноваження (дискреційну владу) через вільний (адміністративний) розсуд. Однак слід зауважити, що реалізація цих повноважень немає нічого спільного зі свавіллям чи безконтрольністю. Управління повинно здійснюватися в рамках закону. А якщо так, то виникає запитання, чи у випадку коли орган публічної адміністрації немає конкретних обов'язків поступати строго визначеним чином, його дії можуть стати підставою виникнення публічно – правового спору?

Серед науковців нема одностайної думки щодо цього питання. Одні вважають, що публічно – правовий спір може виникати не тільки при порушенні прав, але й законних інтересів. Вперше теоретичне обґрунтування цього підходу зробив німецький вчений Ер. Гнейст. На його думку захист інтересів гарантує безсторонність і об'єктивність управління у сфері дискреційних повноважень,

© Ткач Г., 2008

забезпечує їх застосування не вище межі можливості і доцільності. Цю думку поділяє наш законодавець, який в ст. 2 КАСУ завданням адміністративного судочинства визначив захист прав, свобод та інтересів фізичних, прав та інтересів юридичних осіб.

Прихильники іншої точки зору розглядають публічно – правовий спір тільки як спір про право. А це означає що порушення органом публічної адміністрації інтересів громадянина бо юридичної особи не можуть бути підставою публічно – правових спорів і адміністративний суд не повинен втручатися в розгляд такої адміністративної справи. Подібне втручання означало б підміну органом правосуддя органу публічної адміністрації, який має вирішувати оперативні, а не правові питання.

З такою позицією важко погодитися. Як свідчить практика, органи влади часто виходять за межі дозволеної свободи використовуючи дискреційні повноваження. Безконтрольність рішень і дій публічної адміністрації, зокрема політичного, дипломатичного, воєнного характеру стає сьогодні серйозною проблемою багатьох держав в тому числі України. Тому, гострою є необхідність контролю за використання дискреційної влади. Ця необхідність пов’язана, найперше з тим, що, оскільки нормотворча і розпорядча діяльність публічної адміністрації є підзаконною, вона не може бути безконтрольною. Орган публічної адміністрації, який реалізує дискреційні повноваження, повинен не лише дотримуватися діючих законів та інструкцій, але також діяти так, щоб забезпечити об’єктивність і справедливість.

Серйозною загрозою, яка може виникати під час використання дискреційних повноважень є зловживання владою. Органи публічної адміністрації (їх посадові особи) отримують повноваження не для задоволення власних інтересів чи інтересів лише окремого громадянина, а насамперед для досягнення суспільно – корисних цілей, загалом для зміцнення управлінської дисципліни, законності та правопорядку.

Корисливість та особистий інтерес можуть виражатися в утриманні власної матеріальної чи іншої вигоди, а також у проявах упередженості до особи чи організації, що часто служить підставою для прийняття несприятливого для них рішення, відмови в задоволенні законного права. Влада, використана в такий спосіб, свідчить про те, що дискреційні повноваження слугують, як і підтверджує практика, досить часто зручним засобом для задоволення інтересів одних громадян за рахунок інших, завуальованою формою обмеження конституційної свободи.

Тому адміністративний суд повинен перевіряти чи не допущено адміністративних зловживань правом на розсуд, чи не діяла адміністрація зі злим наміром.

Для забезпечення добросовісної та ефективної діяльності що безпосередньо впливає на права, свободи та інтереси фізичних та юридичних осіб, Комітетом Міністрів у відповідності з положеннями статті 15б Статуту Ради Європи, сформульовано ряд важливих принципів. Вони містяться в рекомендації № R (80)2 державам – членам стосовно реалізації адміністративними органами влади дискреційних повноважень від 11.03.1980 року. В ній, зокрема сказано, що під час реалізації дискреційних повноважень, адміністративний орган влади:

1. не переслідує мети, відмінної від тієї, задля якої його наділено такими повноваженнями;

2. дотримується принципу об'єктивності і безсторонності, враховуючи лише ті фактори, які мають відношення до даної конкретної справи;
3. дотримується рівності перед законом, не допускаючи несправедливої дискримінації;
4. забезпечує належну рівновагу між негативними наслідками, які його рішення може мати для прав, свобод чи інтересів осіб, та переслідуваною при цьому метою;
5. приймає своє рішення в межах розумного строку з урахуванням характеру справи, яка вирішується;
6. послідовно та узгоджено застосовує загальні адміністративні приписи, одночасно враховуючи конкретні обставини кожної справи.

Всі ці принципи знайшли своє закріплення в п.3 ст.2 КАСУ. У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди повинні перевіряти чи відповідають вони перерахованим у вказаній статті вимогам (їх передбачено 10). Можна сказати, що ці вимоги також стосуються адміністративних актів, які видають органи публічної адміністрації і їх доцільно було б найперше закріпити в Адміністративно – процедурному кодексі.

Далі слід звернути увагу на інший бік питання щодо меж повноважень адміністративних судів, який відображає спосіб, за яким визначається коло правових спорів у сфері публічного управління (компетенція адміністративних судів). У КАСУ використано три способи нормативного визначення компетенції: загальної клаузули – можливості оскарження до адміністративного суду будь – якого рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень (п.2 ст.2); переліковий – через перелік категорій справ, що належать до предмету адміністративної юрисдикції (ч.1 ст.17, позитивна таксація); через перелік категорій справ публічно – правового характеру, що не належать до предмета адміністративної юрисдикції (ч.2 ст.17 негативна таксація).

Загальна клаузула характерна для правових держав. Беззаперечною перевагою її є те, що вона зобов'язує органи публічної адміністрації нести повну відповідальність за кожен акт, який вони приймають або за кожну вчинену дію, звужуючи таким чином беззаконня. Такий спосіб діє у Франції, Німеччині, Австрії, Бельгії, Італії. Поєднання в КАСУ трьох способів одночасно, де практично, переліковий спосіб обмежує загальну клаузулу видається не цілком логічним, а навпаки суперечливим.

Як уже зазначалось, в ч.2 ст.2 КАСУ сказано, що до адміністративного суду можуть бути оскаржені будь – які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, а в ч.1 ст.17 КАСУ передбачено, що компетенція адміністративних судів поширюється на:

1. спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень(нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії) дій чи бездіяльності;
2. спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби;
3. спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень, а також спори, які виникають з приводу укладання та виконання адміністративних договорів;

4. спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законом;
5. спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму.

Компетенція адміністративних судів не поширюється на публічно-правові справи:

1. що віднесені до юрисдикції Конституційного Суду України;
2. що належить вирішувати в порядку кримінального судочинства;
3. про накладення адміністративних стягнень;
4. щодо відносин, які відповідно до закону, статуту(положення) об'єднання громадян віднесені до його внутрішньої діяльності або виключної компетенції.

Видається, що такий спосіб нормативного закріплення компетенції адміністративних судів навпаки створює більше проблем для розмежування адміністративної та, найперше, цивільної(господарської) юрисдикції. Більш доцільним був би спосіб загальної клаузули з визначенням спорів, що віднесені законами до підсудності інших судів.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР: ЗАГАЛЬНЕ ЧИ СПЕЦІАЛЬНЕ?

Школик А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове регулювання порядку діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування (адміністративних процедур) є одним із найважливіших елементів забезпечення передбачених розділом ІІ Конституції України прав і свобод громадян. Адже для реалізації переважної більшості із зазначених прав і свобод, громадянам необхідно вступити у правовідносини з відповідним адміністративним органом. Однак, до цього часу правове регулювання адміністративних процедур залишається одним з найменш розвинутих інститутів національного адміністративного законодавства.

На відміну від більшості європейських держав, де базові законодавчі акти про адміністративні процедури були прийняті та успішно застосовуються, починаючи з 20-х років минулого століття, в Україні до цього часу не сталося істотних змін у цій частині національного законодавства. Тут варто нагадати, що доцільність розробки окремого закону про загальні адміністративні процедури була відзначена ще у 1998 році у достатньо прогресивній Концепції реформи адміністративного права України, розробленій провідними науковцями – адміністративістами. Після кількох років розробки проект Адміністративно-процедурного кодексу був внесений Кабінетом Міністрів на розгляд Верховної Ради України. Проте у жовтні 2004 року національним парламентом цей законопроект було направлено на повторне перше читання, яке з різних причин, як об‘єктивного, так і суб‘єктивного характеру, не відбулось протягом трьох наступних років, аж до цього часу.

Причин зволікання із прийняттям базового для адміністративного права законодавчого акта є кілька. По-перше, це відсутність традиції уніфікованого регулювання порядку діяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування в радянський період національної історії. Хоча тут варто пригадати, що законодавчі акти про загальні адміністративні процедури були прийняті та успішно застосовувались на практиці у чотирьох державах радянського блоку Югославії, Чехословаччині, Польщі та Угорщині. Після припинення існування СРСР парламенти значної кількості колишніх радянських республік і, зокрема, держав Балтії, Казахстану, Киргизстану, Грузії та Вірменії прийняли відповідні закони (кодекси). По-друге, з огляду на недостатнє опрацювання цієї теми у вітчизняній адміністративно-правовій доктрині, в Україні до цього часу тривають суперечки щодо доцільності та змістовного наповнення законодавчого акта про загальні адміністративні процедури. Цей стан можна трактувати як позитивно, так і негативно. З одного боку, робочою групою з підготовки Адміністративно-процедурного кодексу останнім часом істотно доопрацьовано сам текст законопроекту та враховано ряд зауважень українських та зарубіжних експертів. З іншого ж боку, затягування із прийняттям цього законодавчого акта, на нашу думку, негативно впливає на стан реалізації основних прав і свобод приватних осіб, які реалізуються у правовідносинах з

© Школик А., 2008

органами виконавчої влади та місцевого самоврядування. Крім того, останніми роками у законодавчій діяльності Верховної Ради України з‘явилась стала тенденція, яку ми не можемо охарактеризувати як повністю позитивну.

Річ у тому, що українським парламентом було прийнято ряд законів, які безпосередньо регулюють процедури діяльності адміністративних органів, але лише в одній відокремленій сфері господарської діяльності. Передусім, назвемо закон України від 11 вересня 2003 року „Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності”, який визначає процедури прийняття нормативно-правових актів, що регулюють господарські відносини. При загальній позитивній оцінці цього закону, який передбачає достатньо обґрунтований та демократичний порядок прийняття нормативно-правових актів, важко погодитись із обмеженням його дії лише щодо сфери господарської діяльності. Із наявності такого закону виникає логічний висновок, що нормативно-правові акти, які стосуються прав громадян в інших сферах не потребують удосконаленої процедури та ширшого залучення усіх зацікавлених суб‘єктів до процедури його прийняття. Такий стан навряд чи може задовольняти.

Щодо процедур прийняття індивідуальних адміністративних актів тенденція є схожою. Одним з істотних напрямів діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування є видача різноманітних дозволів. Знову ж таки, Верховна Рада прийняла загалом прогресивний, але лише для вищеназваної сфери закон від 06 вересня 2005 року „Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності”. Складається таке враження, що для громадян, які, наприклад, хочуть отримати дозвіл на встановлення індивідуального опалення у власній квартирі, не потрібно покращувати та спрощувати процедуру його видачі.

Окреслена тенденція у правовому забезпеченні адміністративних процедур зумовлює збільшення загрози конкуренції та неузгодженості між чинним спеціальним законодавством, яке регулює адміністративні процедури та майбутнім законодавчим актом загального характеру – Адміністративно-процедурним кодексом. При тому у нас немає ілюзій, що прийняття цього кодексу зумовить недоцільність спеціального правового регулювання в цій частині. У багатьох (але далеко не всіх) сферах існують об‘єктивно обумовлені особливості, які доцільно регулювати у спеціальних законодавчих актах. Просто розвиток адміністративного законодавства мав би відбуватись в іншому порядку – спочатку прийматись загальний закон про адміністративну процедуру, а після того – окремі спеціальні закони (наприклад, у сфері будівництва). Оскільки у нас ця логіка порушена, то законодавцю треба буде чітко врегулювати співвідношення загального та спеціальних законів, що врегульовують адміністративні процедури.

Проектом Адміністративно-процедурного кодексу України в цій частині пропонуються такі норми: „для окремих видів адміністративних справ законом установлюються особливості провадження щодо переліку документів, необхідних для розгляду справи, строків для її розгляду, розмірів адміністративного збору”, а також „ці особливості не повинні суперечити принципам та правилам адміністративної процедури, установленими цим (Адміністративно-процедурним) кодексом”. На перший погляд, обмеження змісту особливостей, які можуть бути врегульовані у спеціальних законах є

виправданим. Однак, на наш погляд, цілком може виникнути ситуація, коли доцільно буде закріпити особливості, не передбачені серед перелічених у законопроекті. Адже той самий згадуваний закон „Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності" (який, певною мірою теж є загальним щодо інших нормативно-правових актів, регулюючих процедури видачі дозволів) закріплює, наприклад, обов'язкове залучення до прийому документів спеціального суб'єкта – адміністратора. І це навряд можна віднести до вичерпного переліку з трьох елементів: переліку документів, строків розгляду та розмірів адміністративного збору (які, до речі, взагалі повинні визначитись окремим законодавчим актом, а не Адміністративно-процедурним кодексом).

З іншого боку, норма законопроекту про те, що особливості спеціального правового регулювання адміністративних процедур не повинні суперечити принципам та правилам, установленим загальним кодексом також видається не до кінця послідовною. Цей припис має на меті закріпити пріоритет загального Адміністративно-процедурного кодексу, однак не визначає, який акт застосовувати у випадку виникнення колізії: загальний чи спеціальний. Тим часом, теоретичні постулати lex specialis derogat legi generali, а також lex posterior derogat priori до закріплення їх в базовому законі „Про нормативно-правові акти", на нашу думку, не можуть повноцінно застосовуватись у випадку колізій між двома законодавчими актами. Єдиний випадок, що не викликає сумнівів: коли нормам Адміністративно-процедурного кодексу суперечитиме норма підзаконного правового акта, що врегульовує т у чи іншу адміністративну процедуру – тут пріоритет кодексу буде незаперечним в силу вищої юридичної сили.

Передбачений законопроектом припис щодо пріоритету загального кодексу у випадках суперечності з ним норм спеціальних законів мав би мати продовження, що таких випадках застосовується припис Адміністративно-процедурного кодексу. В іншому разі можуть виникнути численні суперечки у правозастосуванні.

Підсумовуючи, відзначимо, що поставлена проблема з огляду на її значущість повинна стати предметом подальшої дискусії, адже її коректне врегулювання у майбутньому кодексі закладає основи системи законодавства про адміністративні процедури.

ПОНЯТТЯ І ПРИРОДА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО СПОРУ

Янюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Предметом будь-якого судового розгляду, як правило, є спори, що виникають з правовідносин (правові спори). Аналіз положень Кодексу адміністративного судочинства України дає усі підстави стверджувати, що предметом адміністративної юрисдикції є публічно-правові спори. Однак чинне національне законодавство не містить понять «публічно-правовий спір», як і не містить понять «публічна адміністрація», «публічний інтерес». Лише в ст.3 Кодексу адміністративного судочинства України подається дефініція поняття «публічна служба» і зроблено це шляхом перечислення окремих видів служби.

Щоправда у Кодексі адміністративного судочинства України використовується термін «публічно-правовий спір» при визначенні поняття «справа адміністративної юрисдикції» (адміністративної справи). Однак такий підхід не є достатньо обгрунтованим, так як не можна сформулювати дефініцію поняття через невідомі його елементи чи ознаки. Тож основною метою для визначення змісту адміністративної справи є з'ясування поняття, природи і структури публічно-правового спору.

Відсутність законодавчого визначення поняття «публічно-правового спору» є результатом відсутності єдиної позиції щодо цього в адміністративно-правовій науці Це питання було предметом дослідження багатьох науковців, зокрема грунтовні напрацювання у цьому напрямі зроблені: Г.Й. Ткач, Ю.О. Тихомировим, Н.Ю. Хаманьовою та іншими науковцями.

Публічно-правовий спір виникає лише при вступі особи у публічно-правові відносин, тобто предметом спору є порушення публічно-правового інтересу. Досліджуючи поняття цього інтересу Ю. О. Тихомиров вказував, що публічний інтерес – це інтерес соціальної спільноти, задоволення якого є умовою та гарантією її існування і розвитку. Такий інтерес має бути визначений державою, забезпечений правом і захищатися у спосіб, встановлений державою.

Враховуючи різноманітність адміністративно-правових відносин, які виникають між громадянином і суб'єктом владних повноважень, є можливість і виникнення різномантіних спорів (конфліктів), що пов'язані із діяльністю цих суб'єктів. В основі такого спору лежить адміністративно-правовий конфлікт. У такому конфлікті обов'язково присутній суб'єкт наділений владою, тобто той хто представляє інтерес держави загалом і органу держави чи місцевого самоврядування зокрема. Існують різні підходи щодо розуміння поняття "конфлікт". Переважно, його визначають як прояв протирічя об'єктивного чи суб'єктивного характеру, які виникають із протистояння сторін, які на підставі матеріальних правових норм не перебувають у правовій рівності.

Адміністративно-правові відносини можуть виникати з ініціативи будь-якої сторони, а згода іншої сторони не є обов'язковою. Такі відносини можуть складатися незалежно, а навіть навпаки – всупереч волі другої сторони. При чому,

© Янюк Н., 2008

ця ініціатива має неоднаковий характер. Якщо сторона, яка наділена владою на підставі закону, зобов'язана застосовувати відповідні заходи по забезпеченню правового режиму у сфері державного управління, у тому числі бути ініціатором виникнення адміністративно-правових відносин, то для громадян вступ у такі відносини, як правило, є можливістю. Однак, якщо громадянин звернувся до органу влади з приводу реалізації останнім своїх повноважень, то орган влади зобов'язаний це зробити, надавши громадянину відповідну послугу, яка за своїм характером є публічно-правовою. У той же час, якщо сторони (суб'єкти) взаємодії переслідують свої власні (приватні) інтереси, або не можуть виробити єдиної позиції щодо предмету правовідносин, виникає конфлікт. В основі такого конфлікту лежить певний зовнішній прояв діяльності суб'єкта владних повноважень, виражений у його рішенні, конкретній дії чи бездіяльності.

У сфері адміністративного права подібні ситуації виникають часто, так як реалізація конституційних прав громадян, у переважній більшості, здійснюється за участю органів виконавчої влади або місцевого самоврядування. Маючи бажання вийти із такої ситуації, громадянин прагне захистити порушені на його думку права, свободи та інтереси відповідними правовими засобами.

Одним із засобів виступає оскарження неправомірних рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень. Звичайно, й сам орган влади у процесі своєї діяльності може виявити неправомірний акт, який може спричинити негативні для особи наслідки, і відміна такого акта розцінюється як захист прав громадян. Однак, найчастіше такі випадки трапляються за ініціативою громадян, які виявляють акти, що на їх думку можуть завдати шкоду їхнім правам, свободам та законним інтересам.

Органи державної влади чи місцевого самоврядування можуть знаходитися з громадянами чи організаціями у правовідносинах різного виду: адміністративних, цивільних, земельних, фінансових, трудових. У багатьох випадках їхні адміністративні дії спричиняють не тільки адміністративні, але й інші наслідки. Тому не в усіх випадках спори мають суто управлінський характер, особливо сьогодні, коли визначено відсутність управлінського аспекту в діях суб'єкта вланих повноважень при наданні громадянам адміністративних послуг. Отже, спір вважається адміністративним, якщо юридичне питання, яке становить зміст спору (тобто матеріально-правове відношення, яке зв'язує сторони), є питанням адміністративного права.

Початок спору визначається зовнішніми діями органу виконавчої влади, місцевого самоврядування (посадової чи службової особи), які спрямовані проти іншого учасника (громадянина), при умові, що останній усвідомлює ці акти як такі, що спрямовані проти нього і їм протистоїть, тобто чинить активні дії проти першого учасника. Таким чином виникає спір у зв'язку з тим, що в однієї із сторін конкретного адміністративно-правового відношення склалося уявлення про порушення його прав, свобод і законних інтересів суб'єктом владних повноважень. Адміністративно-правовий спір між громадянином і органом виконавчої влади перебуває в постійній динаміці і постійно розвивається, так як і багатогранною є діяльність органів виконавчої влади, відповідно до чого існує ряд питань, з приводу яких виникають адміністративно-правові відносини.

Досліджуючи взаємовідносини громадянина з органами виконавчої влади можна виявити декілька стадій розвитку адміністративного спору. Перша стадія

пов'язана з виникненням у однієї або в обох сторін мотивів юридичного характеру, тобто є фактична ситуація, яка виражається у порушенні прав і свобод особи. Другою стадією адміністративно-правового спору є вчинення конкретних дій для захисту і поновлення громадянином своїх інтересів, що виражається у поданні скарги чи адміністративного позову. Останньою стадією, є вирішення спору уповноваженим суб'єктом чи адміністративним судом і видання правозастосовчого акта.

З метою забезпечення сторонам публічно-правового спору процесуальної рівності розгляд спору має відбуватися третьою стороною, яка має виступати незалежним арбітром. Саме адміністративний суд виконує таку роль при врегулюванні публічно-правових спорів.

Отож, предмет публічно-правового спору – це об'єктивно існуюча чи уявна проблема, яка породжує фактичний конфлікт інтересів сторін. Громадянин вважає, що порушені його права, свободи чи законні інтереси і пробує захистити їх шляхом звернення до адміністративного суду.

Відповідно до статті 38 Конституції України громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, брати участь у формуванні державних органів і органів місцевого самоврядування шляхом виборів та референдумів. Це дає можливість визначити дві основні сфери, у межах яких можуть виникнути публічно-правові спори – це адміністративно-правові відносини і відносини, пов'язані з виборчим чи референдним процесами в державі. Хоча публічно-правова сфера не обмежується лише вище названими видами, проте лише спори у цих сферах є предметом розгляду адміністративними судами. Відповідно до статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України компетенція адміністративних судів не поширюється на публічно-правові справи:

1. що віднесені до юрисдикції Конституційного Суду України;
2. що належить вирішувати в порядку кримінального судочинства;
3. про накладення адміністративних стягнень;
4. щодо відносин, які відповідно до закону, статуту (положення) об'єднання громадян віднесені до його внутрішньої діяльності або виключної компетенції.

Сумнівним є обгрунтованість віднесення питань, передбачених у четвертому пункті згаданої статті, до публічно-правової справи, так як такі справи (спори) мають локальний (або корпоративний) характер. Щодо інших спорів не заперечується публічно-правовий характер, але встановлюється інша процедура вирішення.

Аналіз законодавства зарубіжних країн також дозволяє стверджувати, що не всі публічно-правові спори розглядаються в адміністративних судах. Наприклад, законодавством Польщі передбачено, що предметом розгляду в адміністративному суді можуть бути лише ті адміністративно-правові спори, які попередньо були оскаржені в іншому порядку (після адміністративного оскарження). Виняток становлять випадки, коли скарга подається прокурором чи Уповноваженим з прав людини. А відповідно до §50 Кодексу адміністративного судочинства Німеччини (від 19 березня 1991 р.) предметом розгляду адміністративних судів не можуть бути публічно-правові конфлікти конституційно-правового характеру між Федерацією і землями та між різними

землями. Законодавством Польщі і Німеччини не віднесено до предмету розгляду адміністративних судів спори, що виникають з державно-службових відносин. Хоча самі відносини й мають публічно-правовий характер, однак вирішення спорів відбувається спеціальними уповноваженими суб'єктами.

Отже, в основі публічно-правового спору завжди знаходиться порушення (фактичне чи уявне) публічного інтересу. Однак не всі публічно-правові спори є предметом розгляду адміністративних судів, про що слушно зазначає національне законодаство.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

НЕЗАВЕРШЕНЕ БУДІВНИЦТВО ЯК ПРЕДМЕТ ІПОТЕЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Герц А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Об'єкт незавершеного будівництва або інше нерухоме майно, яке стане власністю іпотекодавця після укладення іпотечного договору за умови, що іпотекодавець може документально підтвердити право на набуття ним у власність відповідного нерухомого майна у майбутньому може бути предметом іпотеки. Цим пунктом передбачено два види об'єкта предмета іпотеки:

1. об'єкт незавершеного будівництва;
2. інше нерухоме майно, яке стане власністю у майбутньому.

Стосовно визначення об'єкта незавершеного будівництва необхідно звернутися до ч.3 ст.331 Цивільного кодексу України, за якою до завершення будівництва особа вважається власником матеріалів, які були використані в процесі цього будівництва.

Вважаю, що незавершене будівництво підприємства як майнового комплексу – це розпочате будівництво і не прийняті до експлуатації (не підписаний відповідний акт приймальною комісією) майнові комплекси, будівництво яких здійснюється в межах відповідних населених пунктів, на підставі оформлених згідно з чинним законодавством документів.

Ст.331 Цивільного кодексу України передбачає, що право власності на новостворене нерухоме майно виникає з :

- моменту завершення будівництва;
- прийняття його до експлуатації;
- після державної реєстрації.

До завершення будівництва особа вважається власником матеріалів, обладнання, які були використанні в процесі цього будівництва. За заявою заінтересованої особи суд може визнати її власником недобудованого нерухомого майна, якщо буде встановлено, що частка робіт, яка не виконана відповідно до проекту, є незначною.

Отже, згідно з цією статтею можуть мати місце два об'єкти права власності на новостворене майно: матеріали та нерухоме майно. Не виключає стаття й виникнення ще одного об'єкта, який згідно з ч.4 ст.331 Цивільного кодексу України визначається як "недобудоване нерухоме майно". Цей об'єкт має істотну специфіку, бо як такий не існує до винесення рішення суду про визнання права власності саме на нього.

Тому необхідно враховувати момент набрання законної сили рішенням суду про визнання права власності на недобудоване нерухоме майно. Водночас для інших правовідносин незавершене будівництво визнається об'єктом цивільно-правових відносин без рішення суду. Так, згідно зі ст.12 Закону України від 14

© Герц А., 2008

вересня 2000 року "Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва" право власності на об'єкт незавершеного будівництва виникає з моменту підписання акта приймання-передачі цього об'єкта представником органу приватизації і покупцем за умови повної оплати його вартості або 50 відсотків вартості даного об'єкта у випадку, якщо умовами договору передбачена розстрочка платежу.

Варто враховувати, що проблема незавершеного будівництва є специфічним об'єктом правовідносин, необхідність в існуванні якого викликана вагомими причинами. Тому він, як окремий об'єкт, може існувати певний час, бо за своєю суттю повинен бути перетворений на іншу річ – тобто добудований або розібраний на будівельні матеріали. Але тоді немає необхідності у визнанні права власності на об'єкт недобудованого нерухомого майна (незавершене будівництво).

У п.75 Інструкції "Про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України" (в подальшому – Інструкція) наголошується, що якщо власник недобудованого нерухомого майна набув права власності на це майно до набрання чинності Цивільним кодексом України (01.01.2004р), то це майно може бути предметом відчуження.

Відповідно до ст.19 Закону України "Про особливості приватизації об'єктів незавершеного будівництва" зазначені умови приватизації об'єктів незавершеного будівництва, а саме заборона відчуження об'єкта незавершеного будівництва та земельної ділянки, на якій розташований цей об'єкт, до завершення будівництва та введення об'єкта в експлуатацію.

У п.98 Інструкції регламентується посвідчення іпотечного договору, у якому предметом іпотеки є майнові права на майновий комплекс, будівництво якого не завершено. Тут розглядається два види іпотечних договорів:

- договір, де іпотекодавець – це особа, власністю якої стане даний майновий комплекс для власних потреб, чи для передачі її у власність іншим особам;
- договір, де іпотекодавець – це особа, власністю якої стане майновий комплекс після завершення будівництва.

Іпотечні договори, іпотекою за якими є майнові права на нерухомість, будівництво якої не завершено, посвідчуються за умови подання документів, які підтверджують майнові права на нерухомість.

Після закінчення будівництва збудована нерухомість продовжує бути предметом іпотеки відповідно до умов іпотечного договору. У цьому разі іпотекодержатель на підставі документа про право власності реєструє у встановленому законом порядку обтяження прав власника на збудовану нерухомість. Якщо іпотечним договором передбачено, нотаріус накладає заборону на відчуження нерухомості, яка є предметом іпотеки, за повідомленням іпотекодержателя. У разі зміни характеристик нерухомості, яка є предметом іпотеки (зміна площі нерухомості, зміни у плануванні приміщень тощо), нотаріус на підставі документа, який підтверджує право власності на нерухомість, зобов'язаний зробити відмітку на примірнику іпотечного договору, що належить іпотекодержателю. При цьому нотаріус не має права вимагати додаткових документів та згоди іпотекодавця.

ПОНЯТТЯ ПАЙОВИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Гнатів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року вперше закріпив поняття «пайові цінні папери». Відповідно до п.1 ч.1ст .195 ЦК України пайовими визнаються цінні папери, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна при ліквідації емітента. У Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» закріплено дещо інше визначення пайових цінних паперів від вказаного: пайові цінні папери – цінні папери, які посвідчують участь їх власника у статутному капіталі (крім інвестиційних сертифікатів), надають власнику право на участь в управлінні емітентом і отримання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна у разі ліквідації емітента. Це пов’язано насамперед з тим, що інвестиційні сертифікати не мають всі ознак пайових цінних паперів, які перелічені у ст. 195 ЦК України, а відповідний Закон намагається розширити цей перелік.

З цього слід зробити висновок про відсутність єдиного законодавчого підходу у визначенні ознак пайових цінних паперів. Відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Крім цього, якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж цей Кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до Цивільного кодексу України. Оскільки з прийняттям Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» не було внесено зміни у ЦК України, то слід керуватися нормами останнього.

Відповідно до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» в Україні існує два види пайових цінних паперів:

— акція;

— інвестиційний сертифікат.

Акція – це іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені Цивільним кодексом України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств.

Інвестиційний сертифікат – цінний папір, який розміщується інвестиційним фондом, інвестиційною компанією, компанією з управління активами пайового інвестиційного фонду та посвідчує право власності інвестора на частку в інвестиційному фонді, взаємному фонді інвестиційної компанії та пайовому інвестиційному фонді.

© Гнатів О., 2008

Однак аналіз Закону України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15 березня 2001 року (далі – Закон) дає підстави зробити висновок про відмінності між акцією та інвестиційним сертифікатом, які унеможливлюють віднесення останнього до даної групи цінних паперів. До таких відмінностей належать:

1. акція засвідчує участь у статутному фонді юридичної особи (акціонерного товариства); інвестиційний сертифікат посвідчує право власності інвестора на частку у пайовому інвестиційному фонді, який не є юридичною особою (ст. 22 Закону);
2. акція підтверджує право на участь в управлінні акціонерним товариством; інвестори пайового інвестиційного фонду, за загальним правилом, не мають права втручатися у діяльність компанії з управління активами, що випустила інвестиційні сертифікати (ст. 25 Закону);
3. акції надають їх власникам право на одержання частини прибутку (дивіденду); дивіденди за інвестиційними сертифікатами відкритого та інтервального пайового фонду не нараховуються і не сплачуються (ст. 26 Закону).

Пайові цінні папери властиві акціонерним товариствам. З цього можна зробити висновок, що назва «пайові цінні папери» є невдалою. У законодавстві України поняття «пай» не пов’язане з цінними паперами, а також з діяльністю господарських товариств. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про кооперацію» від 10 липня 2003 року пай – майновий поворотний внесок члена (асоційованого члена) кооперативу у створення та розвиток кооперативу, який здійснюється шляхом передачі кооперативу майна, в тому числі грошей, майнових прав, а також земельної ділянки. Отже, пай характерний для кооперативів як виробничих, так і обслуговуючих. Основною ознакою паю є його поворотність. Якщо вести мову про акціонерні товариства, то сума, внесена у статутний капітал товариства як плата за акції, стає власністю даного акціонерного товариства і при виході з нього не повертається акціонеру. Оплата акцій здійснюється у грошовій формі.

Крім цього, характерною ознакою кооперативу є обов’язкова участь у його діяльності (для виробничих – обов’язкова трудова участь, оскільки їх членами можуть бути лише фізичні особи). З цього стає зрозумілим, що кооператив є самостійним суб’єктом господарювання, але не відноситься до господарських товариств.

Обсяг прав, які посвідчуються пайовими цінними паперами, співпадає з обсягом кооперативних прав, які визначені у Господарському кодексі України. Відповідно до ч. 1 ст. 167 ГК України корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Поняття корпоративних прав потрібно відмежовувати від поняття корпорації – договірного об’єднання, створеного на основі поєднання виробничих, наукових і комерційних інтересів підприємств, що об’єдналися, з делегуванням ними окремих повноважень централізованого регулювання

діяльності кожного з учасників органам управління корпорації (ч.2 ст. 120 ГК України). Оскільки поняття «корпорація» вживається у вузькому розумінні, то поєднання його з поняттям «корпоративні права» є недоцільним та неприпустимим.

Пайові цінні папери є однією з груп цінних паперів, які виокремлюються Цивільним кодексом України за критерієм виду прав. Як вже зазначалося, пайові цінні папери посвідчують корпоративні права, тому доцільно було б означити дану групу цінних паперів «корпоративні цінні папери» (так, як це зроблено щодо інших груп цінних паперів).

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАСТАВНОЇ

Джочка О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Впровадження в дію законодавства, пов′язаного з іпотечним кредитуванням спричинило на ринку цінних паперів появу нових фінансових інструментів: іпотечних облігацій, іпотечних сертифікатів, сертифікатів фондів операцій з нерухомістю та заставних. Саме таким цінним паперам притаманна висока ліквідність, адже їх обіг стосується реалізації прав їх власників на нерухоме майно. Більш детально звернемо увагу на правове регулювання заставної, як неемісійного, боргового, іпотечного цінного паперу.

Закон України «Про іпотеку» від 5 червня 2003 року (надалі – Закон України «Про іпотеку») визначає заставну як борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню в грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання — право звернути стягнення на предмет іпотеки. Звернемо увагу на групову приналежність заставної в класифікації цінних паперів, передбаченій Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 року. Відповідно до частини 5 статті 3 цього ж Закону, заставну віднесено до іпотечних цінних паперів, поряд з іпотечними облігаціями, іпотечними сертифікатами та сертифікатами ФОН. Випуск іпотечних цінних паперів забезпечується іпотечним покриттям (іпотечним пулом), та забезпечує їх власникам право отримання від емітента належних ім грошових коштів. Безспірно, поряд із засвідченням права власника на отримання від боржника виконання за основним зобов′язанням, видача заставної забезпечується іпотекою, тобто, власник заставної має право одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника, в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов′язання. Заставна засвідчуючи боргове зобов′язання іпотекодавця, при цьому вважається іпотечним цінним папером.

Слід звернути увагу на те, що основне зобов′язання повинно мати чітко визначену суму боргу (або критерії за якими така може бути визначена) на момент укладення іпотечного договору, і виконуватись у грошовій формі. Обсяг прав та обов′язків власника заставної повинен бути обумовлений в іпотечному договорі, оскільки її видача не можлива без попереднього укладення договору. В той час як реалізація прав іпотекодержателя можлива і без видачі затавної. Тому одним із основних реквізитів, які містить заставна є посилання на реквізити іпотечного договору та (або) договору, що обумовлює основне зобов′язання, а також опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації, та (або) його реєстраційні дані; зміст та розмір основного зобов′язання, строк і порядок його виконання; спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки, якщо він не передбачений іпотечним договором; відмітка про реєстраційний номер, дату та місце державної реєстрації обтяження нерухомого майна іпотекою. Поруч з тим, за згодою іпотекодавця та іпотекодержателя заставна може містити інші положення, які відтворюють зміст основного зобов′язання та іпотеки, при чому,

© Джочка О., 2008

якщо зміст заставної не відповідає положенням іпотечного договору чи договору, який обумовлює основне зобов′язання, положення заставної мають перевагу. Для реалізації прав за заставною її власник може заявити боржнику письмову вимогу про виконання основного зобов′язання на його користь або здійснити передачу заставної наступному власнику, в тому числі в рамках рефінансування. Належне виконання боржником основного зобов′язання припиняє його та унеможливлює звернення стягнення на предмет іпотеки, спричиняє анулювання заставної. Натомість у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання власник заставної вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки.

До настання строку виконання основного зобов′язання можливе передання заставної наступному власнику, який набуває прав іпотекодержателя. Такий правочин не потребує згоди іпотекодавця, проте накладає на попереднього іпотекодержателя обов′язок у п′ятиденний строк повідомити боржника про передачу заставної індосату та всіма доступними засобами не припустити виконання основного зобов′язання боржником на свою користь. В той час як відступлення прав за іпотечним договором підлягає нотаріальному посвідченню, передання заставної здійснюється шляхом виконання на ній особою, якій належить заставна (індосантом), передавального напису (індосаменту) на користь іншої особи (індосата) та передачі оригіналу заставної. У передавальному написі зазначаються прізвище, ім'я, по батькові та адреса фізичної особи або найменування та адреса юридичної особи, якій передається заставна. Передавальний напис підписується зазначеним у заставній іпотекодержателем, а якщо цей напис не перший — власником заставної, зазначеним у попередньому індосаменті. Індосант — юридична особа засвідчує підпис уповноваженої особи печаткою.

Законодавець встановлює, що у тексті передавального напису можуть вказуватися умови, за яких здійснюється передання заставної. В даному випадку такі умови не повинні змінювати умов іпотечного договору або доповнювати їх, оскільки, передання заставної не вимагає державної реєстрації, а відповідно до частини 1 статті 19 Закону України «Про іпотеку» зміни і доповнення до іпотечного договору підлягають нотаріальному посвідченню. Відповідні відомості про зміну умов обтяження нерухомого майна іпотекою підлягають державній реєстрації у встановленому законом порядку. Після видачі заставної зміни і доповнення до іпотечного договору і договору, яким обумовлене основне зобов'язання, можуть вноситися лише після анулювання заставної і видачі нової заставної. Здавалось би диспозитивний підхід законодавця повинен створювати всі умови для реалізації прав, що випливають із заставної, а не вносити двозначність, адже при такому формулюванні з кожною наступною передачею застовної індосат та індосант вправі вносити зміни до іпотечного договору, нехтуючи проведенням нотаріального посвідчення та державної реєстрації правочину, або щоразу анульовувати заставну і видавати нову, відповідно до фактичної зміни умов іпотечного договору.

Варто зазначити, що передання права власності на цінні папери можливе лише за посередництвом торгівця цінними паперами, проте такі правочини не потребують нотаріального посвідчення, якщо його не вимагала жодна із сторін. Отже, законодавець встановлює досить лояльні вимоги щодо реєстрації переходу

прав на заставну, і такий обіг заставної в цивільному обороті фактично усуває від участі в ньому іпотекодавця та дає змогу іпотекодержателю, який є власником заставної, вчиняти правочини щодо оптимізації власних активів. Так, відповідно до частини 3 статті 28 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель (власник заставної) може до настання строку виконання боржником зобов'язань за заставною проводити операції з належними йому заставними для рефінансування власної діяльності шляхом залучення додаткових грошових коштів від інших осіб. Рефінансування може здійснюватися такими способами: відчуження (продаж) заставної шляхом вчинення індосаменту з компенсацією індосанту вартості заставної у встановленому сторонами розмірі; продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу (операція репо); передання заставної у заставу для забезпечення виконання зобов'язань перед іншими кредиторами; емісія іпотечних цінних паперів; іншим способом, який не суперечить закону.

Продаж заставної із зобов'язанням зворотного викупу є договором, згідно з яким будь-яка особа-кредитор зобов'язується сплатити іпотекодержателю (власнику заставної) грошові кошти, а іпотекодержатель (власник заставної) зобов'язується передати заставну цьому кредитору і викупити її за погодженою сторонами ціною у визначений строк у майбутньому, але не пізніше строку повного виконання основного зобов'язання боржником.

Заставна може бути передана у заставу для забезпечення виконання зобов'язань її власника перед іншою особою — кредитором. При заставі заставна передається у володіння іпотекодержателю. Іпотекодержатель (власник заставної) зобов'язаний письмово повідомити боржника про передачу заставної у заставу, крім випадків включення засвідчених заставною прав до складу іпотечного покриття звичайних іпотечних облігацій.

Заставні можуть забезпечувати випуск іпотечних цінних паперів — іпотечних облігацій і іпотечних сертифікатів. Емітентом іпотечних цінних паперів можуть бути банки та інші фінансові установи, які мають право на провадження такого виду діяльності відповідно до закону. Порядок випуску та обігу іпотечних цінних паперів встановлюється Законом України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 року та Законом України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 року.

Іпотекодержатель (власник заставної) має право проводити операції з заставними для рефінансування власної діяльності самостійно або з залученням спеціалізованих фінансових установ, у тому числі державної іпотечної установи, які на підставі договору з іпотекодержателем (власником заставної) надають відповідне рефінансування шляхом проведення операцій з іпотечними активами такого іпотекодержателя (власника заставної), що забезпечують надходження грошових коштів від будь-яких інших осіб-кредиторів.

Закон України «Про іпотеку» у статті 12 встановлює вимоги до форми та змісту заставної, також Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 4 вересня 2003 р. N 363 затверджено Положення про про вимоги до стандартної (типової) форми бланка заставної.

У зв′язку з тим, що заставна не є емісійним цінним папером, її видача не підлягає реєстрації у ДКЦПФР. Така ознака заставної уподібнює її до векселя. В

літературі часто називають заставну іпотечним векселем, адже згідно визначення – це борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право його власника на отримання від боржника виконання за основним зобов′язанням. Таке порівняння є досить умовним, осільки, видача заставної не завжди свідчить про те, що у її власника виникне право стягнення на забезпечене іпотекою майно, тоді як вексель посвідчує право його власника на пред′явлення векселя до сплати посвідченої в ньому суми боргу, крім того вексель може виступати засобом платежу та предметом договору купівлі-продажу, міни цінних паперів. Той факт, що зобов′язання посвідчене такими ціними паперами повинно бути виражено в грошовій формі ще не дає підстав вважати заставну борговим цінним папером. Також таке законодавче формулювання поняття заставної суперечить частині 2 статті 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», оскільки затверджений перелік боргових цінних паперів є вичерпним і не включає заставної.

Отже, заставна є іпотечним цінним папером, видача якої спрямована на реалізацію майнових прав її власника. Зокрема, пріоритетним є залучення заставної для формування іпотечного пулу, оптимізації активів, здійснення рефінансування. Маючи такий інструмент, можна було б істотно спростити процедури відчуження та продажу нерухомості неплатоспроможного позичальника, усунувши двозначний підхід щодо передачі прав на заставну, передбачений актами цивільного законодавств.

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПОНЯТТЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ НА ВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ

Іваницька Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Визначення правової природи досліджуваного договору має велике теоретичне та практичне значення. Так, саме правова природа є визначальним фактором для розташування договору в системі зобов'язань та розв'язання проблем правозастовчого характеру.

Юридична природа ліцензійного договору на використання торговельної марки залишається дискусійним питанням у вітчизняній науці, незважаючи на те, що Цивільним кодексом України віднесено даний договір до правочинів, що опосередковують відносини з розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Спір зумовлений в тому числі і тим, що в доктрині відсутнє єдине бачення місця виключних прав в системі цивільного права: як самостійного інституту або як структурного елементу права власності. З таких підстав позиції науковців щодо визначення правової природи ліцензійного договору на використання об'єкта інтелектуальної власності можна поділити за ознакою інституційності: від прагнення вписати аналізований договір в систему договорів, що опосередковують відносини власності, до виділення його в окремий договірний тип у сфері виключних прав. Відповідно в літературі ліцензійний договір розглядають: як договір купівлі-продажу, майнового найму, товариства, підряду, агентський договір; як договір, що суміщає ознаки вище перелічених правочинів; як самостійний договір.

Аналіз чинного Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) дає підстави вважати, що законодавець чітко розділяє договори у сфері інтелектуальної власності та договори у сфері права власності. Вказане випливає не тільки і не стільки з того, що в системі договірних зобов'язань вміщено окрему главу, присвячену регулюванню відносин у сфері розпорядження майновими виключними правами. Дана глава об'єднує різні за юридичними наслідками та суттю правочини, що не дає можливості визначити правову природу окремо взятого договору, виходячи виключно з його розміщення в Цивільному кодексі України. Договори у сфері інтелектуальної власності потребують внутрішньої систематизації на підставі їх правової природи.

Нерідко висловлюється позиція про визначення правової природи ліцензійного договору як купівлі-продажу на певний строк об'єкта виключних прав.

Вважаємо, що запропонований підхід є дискусійним, оскільки «купівля-продаж на певний строк» є штучним поняттям для цивільного права і у тому, що стосується матеріальних об'єктів цілком справедливо замінюється поняттям найму (оренди). Проте сама ідея про визнання ліцензійного договору різновидом договору купівлі-продажу навіть за умови залишення поза увагою нематеріального характеру його об'єкта, має очевидні суперечності. Так, договір купівлі-продажу спрямований на оплатну і безповоротну передачу права власності на об'єкт, тобто

© Іваницька Н., 2008

надання покупцю всієї тріади правомочностей власника: користування, володіння та розпорядження. Разом з тим, за ліцензійним договором передається лише одна правомочність – використання об'єкта і це при встановлених в договорі або законодавчо обмеженнях щодо строку, території, способу та ін. За звичайних умов ліцензійний договір не передбачає надання ліцензіату права розпоряджатись об'єктом. Крім того, потрібно підкреслити, що оплатність ліцензійного договору, на відміну від договору купівлі-продажу, не є його неодмінною ознакою.

Водночас слід відзначити значну поширеність в літературі та практиці поняття «купівля-продаж ліцензій». Даний термін використовується найчастіше в контексті міжнародної комерційної діяльності. Вважаємо доречним зауважити про те, що ліцензія, як і ліцензійний договір, не передбачає переходу до другої сторони, ліцензіата, виключних прав на торговельну марку. Ліцензія є формою уповноваження власником охоронного документа іншої особи на використання відповідного об'єкта інтелектуальної власності. Таким чином, йдеться лише про надання права використовувати торговельну марку на визначених умовах, а не відчуження виключних прав на неї.

Найчастіше ліцензійний договір на використання об'єкта виключних прав порівнюють з договором майнового найму. Беззаперечним аргументом проти такої постановки питання певний час виступала теза про неможливість передачі в найм права як такого. Дана позиція підлягає коригуванню з урахуванням внесених змін до цивільного законодавства.

Зазначені договірні конструкції неможна розглядати як такі, що належать до одного договірного роду, незважаючи на наявність формальної подібності їхніх предметів (елемент користування) та закріплення в чинному законодавстві можливості передавати в найм майнові права (ч. 2 ст. 760 ЦК України).

Виключні права на торговельну марку мають строковий характер. Іншими словами, право використання торговельної марки не може перевищувати строк чинності прав на неї, тобто десяти років. Відповідно і ліцензійний договір на використання торговельної марки не може укладатись на строк, що перевищує десять років, а якщо строк дії договору сторонами не обумовлений, то він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на торговельну марку, але не більше ніж на п'ять років. Водночас частиною 2 ст. 763 ЦК України для договору найму передбачено протилежний порядок визначення його строку дії: якщо він не встановлений сторонами, то договір найму вважається укладеним на невизначений строк.

Договір найму, виходячи зі змісту ст. 762 ЦК України, є обов'язково оплатним договором, що відрізняє його від ліцензійного договору, для якого оплатність не визначається обов'язковим елементом.

І нарешті, за умовами договору найму наймодавець дистанціюється від об'єкта договору і не має права ним користуватись, що прямо випливає з обов'язку наймодавця передати річ наймачеві, закріпленого в статті 765 ЦК України. На противагу сказаному ліцензійний договір лише у окремому випадку – у випадку надання виключної ліцензії – позбавляє ліцензіара права використовувати об'єкт договору.

В зарубіжній літературі іноді висловлюється сумнів про можливість укладання ліцензійного договору на використання торговельної марки, що обґрунтовується особливостями національних систем законодавства та змістом

статті 6-quater Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20.03.1883 року, а саме неможливістю передавати права на використання торговельної марки без передачі прав на підприємство.

Українське законодавство такого обмеження не встановлює та залишає на розсуд власника свідоцтва вирішення питання про передачу прав на торговельну марку з одночасною передачею речевих прав на підприємство або без такої. Важливо підкреслити, що законодавець також не обмежує коло носіїв виключних прав на торговельну марку залежно від наявності у них статусу суб'єкта підприємництва, тобто набути право на торговельну марку може і фізична особа.

Дане законодавче положення викликає дискусію серед теоретиків та практиків, яка породжує неоднозначне трактування правової природи ліцензійного договору на використання торговельної марки. Так, прибічники концепції, відповідно до якої виключні права на торговельну марку мають належати тільки суб'єктам підприємництва, вважають, що ліцензійний договір на використання торговельної марки слід відносини до господарських договорів, оскільки ним регулюються відносини у сфері господарської діяльності.

Звичайно, досліджуваний договір набуває рис господарського, коли його укладено господарюючими суб'єктами. Проте зазначена спеціальна обставина не позбавляє його цивільно-правової природи.

З вищевикладеного вбачається обґрунтованим визначати правову природу ліцензійного договору на використання торговельної марки як самостійного цивільно-правового договору, що опосередковує відносини з розпорядження виключними майновими правами у формі надання дозволу на використання даного засобу індивідуалізації.

Ліцензійний договір на використання торговельної марки підлягає також дослідженню як окреме правовідношення цивільно-правового змісту, яке в загальному плані може бути визначене як зобов'язальне правовідношення позитивного характеру. Разом з тим, необхідно відзначити проникнення виключних (абсолютних) елементів в зобов'язальне по своїй суті правовідношення, що супроводжується закріпленням негативних умов договору. Йдеться про випадки, коли предметом ліцензійного договору виступає виключна ліцензія на торговельну марку, яка надає ліцензіату право самостійно пред'являти вимоги до третіх осіб щодо захисту прав на торговельну марку та відшкодування завданих збитків (абсолютний елемент); та забороняє ліцензіару використовувати торговельну марку, що є об'єктом договору, у власному комерційному обороті чи передавати право на її використання третім особам в обсязі, встановленому договором (негативний елемент).

Визначення правової природи ліцензійного договору на використання торговельної марки дає можливість сформулювати його поняття. Ліцензійним договором на використання торговельної марки є цивільно-правовий договір, укладений між власником свідоцтва (ліцензіаром) та іншою особою (ліцензіатом) про надання на оплатній чи безоплатній основі; в межах обумовленого строку, який не може перевищувати строк дії свідоцтва; дозволу на використання в комерційному обороті ліцензіата торговельної марки у встановленому обсязі за умови здійснення контролю ліцензіаром за якістю товарів і послуг, виготовлених чи наданих за цим договором, при тому що, якість маркованих товарів не може бути нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕЧНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УКРАЇНІ.

Квіт Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Поступово в Україні формуються умови для повноцінного функціонування ринку іпотечних інструментів (інструментів механізму іпотечного кредитування) – іпотечних цінних паперів. Основне завдання, яке покликані виконувати іпотечні цінні папери – це рефінансування довгострокових іпотечних кредитів. Цей інструмент не тільки сприяє залученню ресурсів для кредитування, але і забезпечує взаємодію суб'єктів іпотечного кредитування, а саме, кредиторів, позичальників, фінансових посередників та інвесторів, тобто формує цілісність системи іпотечного кредитування.

Забезпечені нерухомістю цінні папери (облігації) є унікальним інструментом, характерним саме для іпотечного ринку. Він дає змогу використовувати, по-перше, переваги фінансового ринку – це ліквідність, можливість продажу, передачі чи застави цінних паперів, а по-друге, наявність фактично двох рівнів застави за ними, зокрема у вигляді нерухомості, яка є одним із найбільш ліквідних видів застав.

Найбільш узагальнено іпотечні цінні папери, які в англомовній літературі називаються MBS (Mortgage-Backed Securities), являють собою права вимог за іпотечними кредитами, що забезпечені заставою об'єктів нерухомості.

Закон України "Про цінні папери та фондовий ринок" від 23.02.2006 № 3480-IV виділяє іпотечні цінні папери як групу цінних паперів, зокрема в п.3 ч.5 ст.3 даного Закону міститься визначення: "іпотечні цінні папери – цінні папери, випуск яких забезпечено іпотечним покриттям (іпотечним пулом) та які посвідчують право власників на отримання від емітента належних їм коштів. До іпотечних цінних паперів відносяться:

а) іпотечні облігації;

б) іпотечні сертифікати;

в) заставні;

г) сертифікати ФОН.

В Україні іпотечні цінні папери з'явилися після прийняття і введення в дію цілої низки законодавчих актів, зокрема Законів "Про іпотеку", "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" та "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю".

А саме, Закон України "Про іпотеку" вивів на ринок новий вид цінних паперів – заставні та обумовив їх обіг, форму та зміст. Згідно зі ст.20 цього закону, "заставна – це борговий цінний папір, який засвідчує безумовне право власника на отримання від боржника виконання за основним зобов'язанням, за умови, що воно підлягає виконанню у грошовій формі, а в разі невиконання основного зобов'язання – право звернути стягнення на предмет іпотеки".

© Квіт Н., 2008

Заставна, як зазначає Д. Журавльов, являє собою "глобально новий інститут і новий вид цінних паперів" і "може пливати на ринок цінних паперів і надати йому нових обертів", створюючи реальні можливості іпотекодержателю (власнику заставної) рефінансування власної діяльності. Цікавим є питання щодо віднесення заставної до того чи іншого виду цінних паперів. А саме, варто наголосити на тому, що згідно із Законом України "Про іпотеку" заставні не є іпотечними цінними паперами: вони визначені як окремий вид цінних паперів, хоч і забезпечених іпотекою. Відповідно до ст.20 даного закону заставна – це є борговий цінний папір. І тут ми бачимо чітку невідповідність даної норми закону нормами загального Закону "Про цінні папери та фондовий ринок", оскільки ст.3 даного закону (Цінні папери та їх класифікація) відносить заставну до групи іпотечних цінних паперів, а серед боргових цінних паперів заставної немає. Отже, таку пряму суперечність між даними нормами загального та спеціального законів необхідно усунути шляхом внесення змін до статті 20 Закону України "Про іпотеку", замінивши у визначенні заставної слова "борговий цінний папір" на слова "іпотечний цінний папір".

Законом України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" в ст. 1 дане визначення іпотечного сертифікату: "іпотечний сертифікат – це іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечними активами або іпотеками". І в ст. 15 цього ж закону передбачені два види іпотечних сертифікатів: сертифікати із фіксованою дохідністю і сертифікати участі. Відповідно до ст.23 даного закону (Особливості сертифікатів з фіксованою дохідністю) сертифікати з фіксованою дохідністю – це сертифікати, які відповідно до цього Закону забезпечені іпотечними активами та посвідчують такі права власників:

- право на отримання номінальної вартості в передбачені умовами випуску сертифікатів терміни;
- право на отримання процентів за сертифікатами на умовах інформації про випуск сертифікатів;
- право на задоволення вимог – у разі невиконання емітентом прийнятих на себе зобов'язань – з вартості іпотечних активів, що є забезпеченням випуску сертифікатів з фіксованою дохідністю, переважно перед іншими кредиторами емітента.

А відповідно до ст.24 даного закону (Особливості сертифікатів участі) сертифікат участі є іменним цінним папером і відноситься до сертифікатів, які відповідно до цього Закону забезпечені іпотеками та посвідчують частку його власника у платежах за іпотечними активами. Власник сертифікатів участі має такі права:

- право на отримання частки у платежах за іпотечними активами відповідно до договору про придбання сертифікатів;
- право на задоволення вимог – у разі невиконання емітентом взятих на себе зобов'язань – з вартості іпотечних активів, які знаходяться у довірчій власності управителя.

Виконання зобов'язань за одним випуском сертифікатів участі можуть забезпечувати один або декілька консолідованих іпотечних боргів.

А Закон України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" у ст. 1 дає визначення ще одного виду іпотечних цінних паперів: "сертифікат ФОН – цінний папір, що засвідчує право його власника на отримання доходу від інвестування в операції з нерухомістю". В літературі існує така точка зору, що сертифікати ФОН є видом іпотечних сертифікатів, а саме К.Г. Отченаш у своїй доповіді "Проблеми розвитку іпотечних інструментів у системі страхування та недержавного пенсійного забезпечення", а також у статті Ярослава Милейка та Адрія Поплюйко "Іпотечні цінні папери" автори дійшли саме такого висновку, що видами іпотечних сертифікатів є сертифікати з фінансовою дохідністю, сертифікати участі та сертифікати фонду операцій з нерухомістю. З такою точкою зору неможна погодитись з огляду на те, що законом про іпотечні сертифікати невизначено такого виду іпотечних сертифікатів і закон, що регулює питання сертифікатів ФОН не містить такої норми, яка б трактувала сертифікати ФОН як вид іпотечних сертифікатів. Стверджувати можна лише те, що сертифікати ФОН є видом іпотечних цінних паперів, що передбачено загальним законом, а саме Законом "Про цінні папери та фондовий ринок", про що вже велася мова вище.

На мою думку, для уникнення будь-яких непорозумінь із віднесенням сертифікатів ФОН до того чи іншого виду цінних паперів, необхідно у визначенні, яке дане в законі зазначити, що це є не просто цінний папір, а "іпотечний цінний папір, що засвідчує право його власника на отримання доходу від інвестування в операції з нерухомістю", так як це передбачено Законом "Про цінні папери і фондовий ринок".

Ще один надзвичайно важливий закон у даній сфері був прийнятий 25.12.2005 року – це Закон України "Про іпотечні облігації" № 3273-IV, яким були визначені правові засади випуску та обігу іпотечних облігацій, вимоги до їх іпотечного покриття, а також особливості державного регулювання і нагляду у цій сфері. У ч.1 ст. 3 даного закону під іпотечними облігаціями розуміються облігації, виконання зобов'язань емітента за якими забезпечене іпотечним покриттям у порядку, встановленому цим Законом. Іпотечні облігації є іменними цінними паперами. Іпотечна облігація засвідчує внесення грошових коштів її власником і підтверджує зобов'язання емітента відшкодувати йому номінальну вартість цієї облігації та грошовий дохід в порядку, встановленому цим Законом та проспектом емісії, а в разі невиконання емітентом зобов'язань за іпотечною облігацією надає її власнику право задовольнити свою вимогу за рахунок іпотечного покриття.

Відповідно до ч.2 ст.3 можуть випускатися два види іпотечних облігацій: звичайні та структуровані іпотечні облігації. Цією ж статтею передбачено хто може бути емітентом іпотечних облігацій та межі їх відповідальності за виконання зобов'язань за іпотечними облігаціями.. Отже, емітентом звичайних іпотечний облігацій є іпотечний кредитор, що несе відповідальність за виконання зобов'язань за такими іпотечними облігаціями іпотечним покриттям та всім іншим майном, на яке відповідно до законодавства може бути звернено стягнення. А емітентом структурованих іпотечних облігацій є спеціалізована іпотечна установа, яка несе відповідальність за виконання зобов'язань за такими іпотечними облігаціями лише іпотечним покриттям. Необхідно розшифрувати ці

визначення. А саме, в даному законі під іпотечним кредитором (ст.1) розуміється фінансова установа, крім спеціалізованої іпотечної установи, яка відповідно до законодавства має право надавати кредити)(позики), виконання зобов'язань боржників за якими забезпечене іпотекою, та/або яка набула право вимоги за забезпеченими іпотекою кредитами (позиками) від інших осіб. А відповідно до ст.18 даного Закону, спеціалізована іпотечна установа – це фінансова установа, виключним видом діяльності якої є рефінансування іпотечних активів (їх продажу у випадках, передбачених цим законом і проспектом емісії) та випуск структурованих іпотечних облігацій у порядку встановленому цим Законом. Особливостями виконання зобов'язань за звичайними іпотечними облігаціями є те, що відповідно до ст.16 закону, емітент виконує грошові зобов'язання за звичайними іпотечними облігаціями за рахунок доходів від іпотечного покриття та за рахунок іншого свого майна. Право емітента використовувати доходи від іпотечного покриття та кошти, отримані від розміщення звичайних іпотечних облігацій, на будь-які цілі і на власний розсуд не обмежується за умови, що емітент продовжує належним чином виконувати зобов'язання за звичайними іпотечними облігаціями.

Провівши аналіз чинного українського законодавства, яким здійснюється правове регулювання іпотечних цінних паперів, як одного з елементів механізму іпотечного кредитування, можна зробити наступні висновки. В першу чергу понятійний апарат у досліджуваній сфері, що застосовується в різних загальних та спеціальних законах є неузгодженим і тому наявні колізії в правовому регулюванні іпотечних цінних паперів. Наявність неузгодженостей в законодавстві, як відомо, дає змогу для зловживань, а це в свою чергу підвищує недовіру як з боку кредиторів та інвесторів, так і з боку позичальників до іпотечних цінних паперів зокрема та до іпотечного кредитування загалом. Тому я вважаю за необхідне внести відповідні запропоновані мною зміни до головних законодавчих актів, що регулюють дані відносини.

СУБ'ЄКТИ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА

Климовська І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для дослідження правовідносин комерційного представництва важливим є з'ясування питання про суб'єкти. Поняття суб'єкта правовідношення тісно пов'язане з поняттям правосуб'єктності, тобто із здатністю суб'єкта виступати носієм суб'єктивних прав та обов'язків, особисто їх реалізовувати. Суб'єктами комерційного представництва в юридичній літературі традиційно вважають особу, яку представляють, комерційного представника і третіх осіб.

Особою, яку представляють, слід вважати особу, від імені та в інтересах якої, комерційний представник вчиняє правочини у сфері підприємницької діяльності. Враховуючи ч. 1 ст. 238 Цивільного кодексу України (далі ЦК України), згідно якої представник може бути уповноважений на вчинення тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку представляє, та ч. 1 ст.239, яка вказує, що правочин, вчинений представником, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки особи, яку представляє, остання повинна володіти відповідним обсягом право та дієздатності. Особа, яку представляють, повинна бути зареєстрованою відповідно до Закону України „Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців. Слід зауважити, що законодавець визначає, що комерційний представник виступає представником підприємців (ч. 1 ст. 243 ЦК України). При цьому, ЦК України закріплює таку категорію фізичних осіб, як фізична особа –підприємець (глава 5 ЦК України). Щодо юридичних осіб, то товариства, які визначені як одна з основних організаційно-правових форм юридичних осіб, поділяються на підприємницькі та непідприємницькі (ч. 1,2 ст. 83 ЦК України). Видається, що саме підприємницькі товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками і створені як господарські товариства або виробничі кооперативи, можуть за змістом ЦК України виступати як особи, яких представляє представник при здійсненні комерційного представництва. Важливо зазначити також те, що, якщо правочин, який вчиняється комерційним представником від імені особи, яку представляє, пов'язаний із здійсненням певних видів господарської діяльності, які згідно Закону України „Про ліцензування певних видів господарської діяльності" підлягають ліцензуванню, саме особа, яку представляють, повинна отримати відповідну ліцензію. Якщо в особи, яку представляють, відсутній дозвіл на здійснення господарської діяльності, яка підлягає ліцензуванню і з здійсненням якої пов'язаний вчинений комерційним представником правочин, останній може бути визнаний судом недійсним згідно ч.1ст. 227 ЦК України.

Згідно ЦК України комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності. Часто саме постійність і самостійність вчинення комерційним представником правочинів вважають визначальним у визначенні комерційного представника як суб'єкта підприємницької діяльності. При цьому видається, що не може вважатися обов'язковою ознакою

© Климовська І., 2008

комерційного представника постійність вчинення ним певних дій, оскільки такі послуги можуть надаватись також тимчасово або разово. Самостійність комерційного представника, яку можна тлумачити як відсутність над ним будь-якої влади з боку особи, яку представляє, або, як особисте виконання представником зобов'язань, обсяги якого можуть обмежуватись договором, також не характеризує комерційного представника як суб'єкта підприємницької діяльності. Розробники проекту ЦК України справедливо підкреслюють, що висновок про те, що комерційними представниками можуть бути особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності, випливає з того, що комерційне представництво має своєю метою укладення договорів у сфері підприємницької діяльності. Тому комерційними представниками можуть бути підприємницькі товариства (подібно особам, яких представляють,) та фізичні особи – підприємці, які стають прасуб'єктними з моменту державної реєстрації відповідно до Закону України „Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців". Слід зауважити, що ч.1 ст.91 ЦК України для юридичних осіб презюмується можливість здійснення будь-якої діяльності, яка незаборонена законом (універсальна правоздатність). Оскільки у комерційного представника безпосередньо з вчиненого від імені особи, яку представляє, правочину не виникає жодних прав та обов'язків, вимога про наявність ліцензії на здійснення господарської діяльності, з якою пов'язаний вчинений правочин, на комерційного представника не поширюється. Однак, у встановлених законом випадках комерційному представнику необхідно володіти ліцензією на право здійснювати комерційне представництво в окремих сферах підприємницької діяльності. В даному випадку саме представницька діяльність, як різновид господарської діяльності підлягає ліцензуванню, а не діяльність, з якою пов'язаний правочин, який вчинений комерційним представником від імені та в інтересах особи, яку представляє. Наприклад, згідно ст. 4 Закону України „Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні" Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку у встановленому нею порядку видає ліцензії на такий вид діяльності на ринку цінних паперів, як брокерська діяльність. Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку затверджені Ліцензійні умови провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з торгівлі цінними паперами. Доцільним видається наведення наступного прикладу із судової практики. Господарський суд, розглядаючи справу про визнання договору купівлі-продажу цінних паперів недійсним у зв'язку із відсутністю у жодної із сторін відповідного дозволу (ліцензії), вказав, що договір, пов'язаний з обігом цінних паперів може вважатись таким, що відповідає вимогам закону, за умови, що принаймні одна сторона приймає участь в укладенні договору виключно через торговця цінними паперами, який має ліцензію на здійснення діяльності з випуску та обігу цінних паперів і забезпечує інтереси покупця та (або) продавця цінних паперів на підставі відповідного договору доручення. Судом було визнано даний договір недійсним, оскільки він суперечить законодавству, з урахуванням ст.ст. 203, 215 ЦК України. При цьому суд підкреслив, що будь-яка операція, пов'язана з купівлею-продажем цінних паперів, яка не входить до переліку, встановленого в ч.ч. 8 і 9 ст.17 Закону України „Про цінні папери і фондовий ринок" та Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку „Про визначення операцій, що не відносяться до торгівлі цінними паперами як виду професійної діяльності", є професійною

діяльністю і потребує отримання відповідної лцензії. Вважаю правильним в даному випадку визнання судом недійсним договору купівлі-продажу цінних паперів та відповідного договору доручення, на підставі якого даний договір було укладено, у зв'язку з їх вчиненням юридичною особою без відповідного дозволу (ліцензії) відповідно до ч.1 ст. 227 ЦК України.

Цивільне законодавство не встановлює спеціальних вимог до третіх осіб, з якими комерційний представник укладає договори від імені особи, яку представляє, оскільки ними можуть бути не тільки особи, які здійснюють підприємницьку діяльність. Якщо мова йде про комерційне представництво в сфері підприємницької діяльності, продукція (роботи або послуги) якої може бути використана не тільки в підприємницькій діяльності, а й в особистих, сімейних, домашніх або інших подібних цілях, то контрагентами в таких правовідношеннях комерційного представництва можуть виступати особи, які не здійснюють підприємницьку діяльність. Тому третіми особами у правовідношеннях комерційного представництва можуть виступати будь-які особи, які володіють відповідною цивільною правосуб'єктністю.

Отже, виходячи з вищенаведеного, особою, яку представляють, та комерційним представником можуть бути підприємницькі товариства або фізичні особи-підприємці, які зареєстровані у встановленому законом порядку. Якщо вчинений комерційним представником правочин пов'язаний із здійсненням певного виду господарської діяльності, яка підлягає згідно закону ліцензуванню, відповідний дозвіл повинна отримати особа, яку представляють. Якщо ж сама представницька діяльність законом визначена як різновид діяльності, яка підлягає ліцензуванню, то ліцензію повинен мати комерційний представник. Щодо третіх осіб, то вони повинні володіти достатньою правосуб'єктністю для укладення договору з комерційним представником.

ПРОБЛЕМА ЗАХИЩЕНОСТІ ПРАВ СПОЖИВАЧА БАНКІВСЬКИХ КРЕДИТНИХ ПОСЛУГ

Лепех С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Збільшення обсягів споживчого кредитування в Україні обумовило необхідність розробки додаткових законодавчих гарантій захищеності прав позичальників. Наділення споживачів цих послуг достатнім обсягом прав на усіх стадіях кредитної операції, визначення дієвих способів та форм їх захисту, забезпечення доступу до повної, достовірної інформації є основними гарантіями нормального функціонування різних механізмів споживчого кредитування. Серед нормативних актів, які регулюють відносини споживчого кредитування, Закон України «Про захист прав споживачів» (в редакції від 01.12.2005 року), Правила надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджені постановою Правління Національного банку України від 10.05.2007 року № 168 (надалі – Правила), містять значну частину норм, спрямованих на забезпечення захищеності прав споживачів в процесі укладення та виконання таких кредитних договорів. Одним із важливих кроків на шляху вдосконалення законодавства в сфері споживчого кредитування стало запровадження стандартів, визначених Директивою ЄС «Про наближення законів, постанов та адміністративних положень держав – членів щодо споживчого кредиту» від 22.12.1986 року № 87/102/ЄЕС. Однак, на жаль, норми національного кредитного законодавства щодо правової захищеності споживача містять не лише певні переваги, але й значні недоліки.

Позитивними загалом є законодавчі новели щодо покладення на банки низки обов'язків, зокрема, щодо надання споживачу попередньої інформації про можливі умови кредитування, конкретизації змісту самого кредитного договору, обмеження можливостей щодо зміни його умов, встановлення підстав та форм відповідальності за можливі порушення банком своїх обов'язків. Частина норм запозичена із зарубіжного законодавства і вже випробувана на практиці, але є й такі нововведення, які не можуть бути однозначно витлумачені та позитивно сприйняті через їхню недосконалість.

Зокрема, низку непорозумінь на практиці викликали окремі пункти Правил. Відповідно до пункту 2.1 цього нормативного акту банки зобов'язані перед укладенням кредитного договору надати споживачу в письмовій формі інформацію про найменування та місцезнаходження банку – юридичної особи та його структурного підрозділу, умови кредитування, орієнтовну сукупну вартість кредиту, інші умови, передбачені законодавством. Орієнтовну сукупну вартість кредиту пропонується визначати із урахуванням процентної ставки за кредитом, вартості всіх супутніх послуг, а також інших фінансових зобов'язань споживача, які пов'язані з отриманням, обслуговуванням і погашенням кредиту (у тому числі на користь третіх осіб – страховиків, оцінювачів, реєстраторів, нотаріусів тощо), варіантів погашення кредиту, включаючи кількість платежів, їх періодичність та обсяги, можливості та умов дострокового повернення кредиту. У пункті 3.1 зазначається, що банки зобов'язані в кредитному договорі або додатку до нього

© Лепех С., 2008

надавати детальний розпис сукупної вартості кредиту з урахуванням процентної ставки за ним, вартості всіх супутніх послуг, а також інших фінансових зобов'язань споживача. Супутні послуги надаються самим банком, натомість інші фінансові зобов'язання споживача можуть виникати в разі надання йому послуг іншими суб'єктами (страховиками, реєстраторами, нотаріусами) і є незаконною вимога щодо обов'язковості зазначення переліку та розміру таких інших фінансових зобов'язань споживача в самому кредитному договорі. Видається логічною вимога законодавця щодо надання споживачу попередньої інформації про можливі не лише кредитні, але й супутні послуги банку, ймовірні фінансові зобов'язання споживача на користь третіх осіб, але ані їхньої вартості, ані переліку в кредитному договорі не повинно бути. Не мають останні відношення також і до графіку платежів, який є додатком до кредитного договору. До того ж, законодавець у тексті самих Правил плутається стосовно того, що слід відносити до супутніх послуг, а що слід відносити до інших послуг, в разі одержання яких у споживача можуть виникати фінансові зобов'язання на користь третіх осіб. У Листі Національного банку України від 16.06.2007 року № 40-117/2093-6134 «Про окремі питання практичного застосування Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупної вартості кредиту» зазначається, що до супутніх послуг мають бути віднесені інші, крім кредитних, послуги, які надаються самим банком, а саме відкриття поточного/карткового рахунку, здійснення розрахунково-касового обслуговування, забезпечення обслуговування кредитної заборгованості (виписки за кредитними/картковими рахунками). Здійснення валютно-обмінних операцій, надання консультацій, у тому числі юридичних послуг тощо. Натомість у пункті 3.4 під супутніми послугами законодавець має на увазі ті послуги, що надаються страховиками, реєстраторами, суб'єктами оціночної діяльності, тобто саме третіми особами.

Важливим є також питання щодо можливості зміни процентної ставки за договором споживчого кредиту. Відповідно до пункту 3.5 Правил банки мають право змінювати процентну ставку за кредитом лише в разі настання події, незалежної від волі сторін договору, яка має безпосередній вплив на вартість кредитних ресурсів банку, натомість банки не мають права змінювати процентну ставку за кредитом у зв'язку з волевиявленням однієї із сторін (зміни кредитної політики банку). Такий підхід до вирішення цього завжди актуального для споживача питання не лише суперечить статті 525 Цивільного кодексу України, але й через недостатню визначеність не створює для банку реальних перешкод щодо зміни процентної ставки за договором споживчого кредиту, якщо в ньому прямо передбачена така можливість.

Немає відповіді у Правилах, як і в Листах Національного банку України щодо їх застосування (зокрема, названому вище) також і на інше важливе для споживачів питання. Статтею 11 Закону України «Про захист прав споживачів» передбачене право споживача на дострокове повернення кредиту, у тому числі шляхом збільшення сум періодичних виплат. Якщо споживач скористався цим правом, то кредитодавець зобов'язаний здійснити відповідне коригування кредитних зобов'язань споживача у бік їх зменшення. Однак, ані у названому Законі, ані у Правилах нічого не йдеться про право банку стягувати так звані «штрафні санкції», як їх іноді називають у банківській практиці. Звичайно, що

така правова кваліфікація їх є невірною, оскільки штраф може застосовуватись лише у випадках порушення зобов'язання, а право на дострокове повернення споживчого кредиту прямо передбачене законом. В разі реалізації позичальником такого права банк не повинен стягувати жодних платежів.

Створює труднощі в належному забезпеченні реалізації прав споживачів банківських кредитних послуг також і неузгодженість юридичної термінології, якою оперує законодавець часто не в різних, а в одному нормативному акті. Наприклад, зі змісту Правил не зрозумілими залишились відмінності, які має на увазі законодавець, відокремлюючи такі поняття як форми та види забезпечення виконання кредитних зобов'язань, форми та схеми кредитування, або юридична сутність такого поняття як абсолютне значення подорожчання кредиту.

Безперечно, у даній публікації звернена увага лише на окремі аспекти проблеми розробки правових засад захищеності прав споживачів банківських кредитних послуг, однак, які є одними із найбільш гострих і ще раз вказують на доцільність комплексного їх вирішення шляхом прийняття закону «Про споживче кредитування», а не низки нормативних актів, переважно підзаконних, часто неузгоджених між собою за змістом, термінологією, визначеністю та сутністю прав споживачів.

ПІДРЯДНИК У ДОГОВОРІ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ

Лукасевин-Крутник І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогоднішньому етапі розвитку нашої держави спостерігається активний розвиток будівництва. Це спричиняє збільшення попиту на проектно-пошукові роботи, які передують будівництву об'єкта або виконанню інших будівельних робіт. Такі роботи виконуються стороною договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт – підрядником. В законодавстві України чітко не сформульовано, хто може бути підрядником за таким договором. Дане питання не набуло належного висвітлення і в юридичній літературі. Тому дослідження на тему, хто може бути підрядником у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт, і які вимоги до нього ставляться, набуває актуального значення.

Норми § 4 Глави 61 Цивільного кодексу України – Підряд на проектні та пошукові роботи – не містять жодних вимог до підрядника як сторони договору на виконання таких робіт. Такі вимоги випливають із аналізу норм спеціальних нормативно-правових актів. Так, в п.30 ст.9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1.06.2000 р. зазначається, що вишукувальні та проектні роботи для будівництва поряд із зведенням несучих та огороджуючих конструкцій, будівництвом та монтажем інженерних і транспортних мереж віднесено до господарської діяльності, яка підлягає ліцензуванню. Тобто проектні та пошукові роботи можуть виконуватись лише як господарська діяльність, якою, відповідно до статті 1 цього Закону, вважається будь-яка діяльність, у тому числі підприємницька, юридичних осіб, а також фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язана з виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт. Дія вказаного Закону поширюється на всіх суб'єктів господарювання. Суб'єктом господарювання відповідно до статті 1 цього Закону є зареєстрована в установленому законодавством порядку юридична особа незалежно від її організаційно-правової форми та форми власності, яка провадить господарську діяльність, крім органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності. Таким чином, підрядником у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт може виступати особа, яка: по-перше, є суб'єктом господарювання (цим виключається можливість виступати в ролі підрядника за вказаним договором фізичної особи, яка не зареєстрована як суб'єкт господарювання, та органів державної влади, органів місцевого самоврядування); по-друге, отримала у встановленому законодавством порядку ліцензію на здійснення проектних та пошукових робіт.

Ліцензія на здійснення проектних та пошукових робіт видається Мінбудом, Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими держадміністраціями. Для отримання такої ліцензії

© Лукасевин-Крутник І., 2008

суб'єкт господарювання особисто або через уповноважений ним орган чи особу звертається до відповідного органу ліцензування із заявою встановленого зразка. У разі наявності у заявника філій, інших відокремлених підрозділів, які провадитимуть господарську діяльність на підставі отриманої ліцензії, у заяві зазначається їх місцезнаходження. До заяви про видачу ліцензії на проведенні проектно-пошукових робіт додається копія свідоцтва про державну реєстрацію суб'єкта господарювання або копія довідки про внесення до Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України, засвідчена нотаріально або органом, який видав оригінал документа. Крім того, додаються засвідчені в установленому порядку копії документів, що підтверджують рівень освіти і кваліфікації, необхідний для провадження проектних та пошукових робіт, відомості за підписом заявника – суб'єкта господарської діяльності про систему контролю та управління якістю виробництва на підприємстві відповідно до вимог державних будівельних норм і стандартів.

Орган ліцензування приймає рішення про видачу ліцензії на проведення проектно-пошукових робіт або про відмову у її видачі у строк не пізніше ніж десять робочих днів з дати надходження зазначених вище документів. У разі прийняття позитивного рішення суб'єкт господарювання отримує ліцензію єдиного зразка на проведення проектних та пошукових робіт. Термін дії ліцензії на проведення таких робіт становить 5 років, а плата за її видачу справляється у розмірі 20 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо органом ліцензування є центральний орган виконавчої влади, або 15 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, якщо органом ліцензування є місцевий орган виконавчої влади.

Якщо ліцензія на проектно-пошукові роботи видана Мінбудом, такі роботи можуть здійснюватися на всій території України. А якщо ліцензія видана Радою Міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими держадміністраціями, проектно-пошукові роботи здійснюється на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Для кожної філії, кожного відокремленого підрозділу підрядника, який проводить проектно-пошукові роботи на підставі отриманої ним ліцензії, орган ліцензування видає засвідчені ним копії ліцензії, які реєструються в журналі обліку заяв та виданих ліцензій. Засвідчена органом ліцензування копія ліцензії є документом, що підтверджує право філії або іншого структурного підрозділу підрядника у договорі на проведення проектних та пошукових робіт на підставі отриманої ліцензії.

Слід відзначити, що в системі законодавства України немає нормативно-правового акту, яким би врегульовувалось правове становище суб'єктів господарювання, що займаються проведенням пошукових та (або) проектних робіт. В радянський період засади діяльності, права та обов'язки підрядника у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт, яким могла бути лише юридична особа, врегульовувалось Положенням про державну проектну і пошукову організації, які виконують роботи для капітального будівництва, затвердженим Держбудом СРСР і державним комітетом СРСР з питань праці і заробітної плати від 31.12. 1969 р.

Єдиним нормативно-правовий актом України, яким встановлюються організаційні вимоги до внутрішньої структури проектних та пошукових

організацій, кваліфікаційні вимоги для працівників, технологічні та інші вимоги для провадження господарської діяльності щодо проведення проектно-пошукових робіт, є Ліцензійні умови провадження будівельної діяльності (вишукувальні та проектні роботи для будівництва, зведення несучих та огороджуючи конструкцій, будівництво та монтаж інженерних і транспортних мереж), затверджені наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 8.11.2001 р. № 112/182. Такі умови є обов'язковими для виконання. Названим актом також встановлюється вичерпний перелік видів пошукових та проектних робіт у будівництві, для яких потрібне одержання ліцензії.

Відповідно до ч.2 ст. 20 Закону України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999 р. на території України іноземці та особи без громадянства, які не отримали відповідну ліцензію, можуть брати участь у розробленні містобудівної документації, здійснювати проектування об'єктів архітектури, розробляти робочу документацію для будівництва лише на підставі договорів з суб'єктами підприємницької діяльності, які мають ліцензію на виконання відповідних видів проектних робіт. Проте зазначена норма не є досконалою. Очевидно, мова йде про субпідрядний договір в системі генерального підряду. Остання часто використовується при виконанні робіт за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт. За конструкцією генерального підряду договір на виконання всього комплексу проектних та пошукових робіт укладається замовником з одним суб'єктом господарювання, який займається проведенням проектних та (або) пошукових робіт – генеральним підрядником, який для виконання окремих видів проектних та (або) пошукових робіт, розділів і частин проектно-кошторисної документації укладає субпідрядні договори з іншими субпідрядниками. При цьому замовник перебуває в договірних відносинах лише з генеральним підрядником, який відповідає перед ним за виконання усіх видів робіт якісно і в строки, передбачені в договорі, в тому числі роботи, виконувані субпідрядниками. За виконання дорученого субпідряднику комплексу той відповідає перед генеральним підрядником. Такий субпідрядний договір за своєю правовою природою також є договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, де генеральний підрядник виступає в якості замовника, а субпідрядник в якості підрядника. Як випливає із зазначених вище вимог до підрядника у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт, в системі генерального підряду у проектуванні та проведенні пошукових робіт субпідрядниками можуть виступати лише суб'єкти господарювання, які мають відповідну ліцензію на проведенням проектних та пошукових робіт. Тому зазначене положення Закону України «Про архітектурну діяльність» суперечить нормам Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». Адже іноземцям та особам без громадянства дозволяється проводити проектні роботи та виступати в якості субпідрядників без реєстрування їх як суб'єктів господарської діяльності та отримання відповідної ліцензії. Таким чином законодавець легалізує виконання проектних робіт особами, які не відповідають встановленим вимогам до підрядника у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Замовники, які отримають розроблену такими особами документацію, не можуть бути впевненими у її якості.

Враховуючи наведене, пропонуємо внести зміни до ч.2 ст. 20 Закону України «Про архітектурну діяльність», зазначивши, що на території України іноземці та особи без громадянства можуть брати участь у розробленні містобудівної документації, здійснювати проектування об’єктів архітектури та розробляти робочу документацію для будівництва, якщо вони у встановленому законодавством порядку зареєстровані як фізичні особи – суб’єкти підприємницької діяльності та отримали ліцензію на проведення відповідних видів проектних робіт. Такі зміни усунуть суперечності у чинному законодавстві і сприятимуть виробленню єдиних вимог до підрядника у договорі підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

ВИДИ СЕРВІТУТІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Мартин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сервітути є дуже давніми правовими інститутами, які були добре відомі ще римським юристам, хоч римське право і не знало абстрактного поняття сервітуту, а визнавало лише типові, точно визначені випадки сервітутного користування – право ходити чужою земельною ділянкою, право добувати пісок на чужій земельній ділянці, пішохідний сервітут, право добувати камінь на чужій ділянці, право перевозу човном через чужу водойму, право пасти тварин на чужій земельній ділянці та ін.

У процесі свого тривалого історичного розвитку правове регулювання сервітутного користування зазнало певних змін, проте суть сервітутів залишається незмінною.

Сервітут – речове право, яке забезпечує особі можливість користати з чужого майна.

У статті 401 “Поняття користування чужим майном” Цивільний кодекс України не містить визначення сервітуту, а лише визначає основні умови встановлення сервітутів та називає їх основні види – *земельні та особисті.* Однією із основних відмінностей земельних та особистих сервітутів є те, що земельні сервітути ніби встановлюють відносини між земельними ділянками, а особисті не тільки пов’язані із певним майном, а й належать певній особі (6, 322-333)

Земельний сервітут – це право власника або землекористувача земельної ділянки на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою (ділянками) (ч.1 ст. 98 Земельного кодексу України). Земельні сервітути дозволяють усунути або зменшити природні “недоліки” одних, як правило, невеликих земельних ділянок за рахунок інших і тим підвищити можливість їх ефективного використання.

Приблизний, проте далеко не вичерпний перелік найпоширеніших земельних сервітуту, містить у ст. 99 Земельний кодекс: – право проходу та проїзду на велосипеді; – право проїзду на транспортному засобі прокладеним шляхом; право прокладання та експлуатації ліній електропередачі, – зв'язку, трубопроводів, інших лінійних комунікацій; –право прокладати на свою земельну ділянку водопровід із чужої природної водойми або через чужу земельну ділянку; – право відводу води зі своєї земельної ділянки на сусідню або через сусідню земельну ділянку; – право забору води з природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці, та право проходу до природної водойми; – право напувати свою худобу із природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці, та право прогону худоби до природної водойми; право прогону худоби наявним шляхом; – право встановлення будівельних риштувань і складування будівельних матеріалів з метою ремонту будівель та споруд та ін.

Усі земельні сервітути традиційно прийнято поділяти на сільські, міські, водні, «судохідні», лісові тощо, проте у законодавстві України спеціальне правове регулювання отримали лише *лісові та водні* сервітути.

© Мартин В., 2008

Оскільки право власності на земельну ділянку розповсюджується не лише на частину земної поверхні, яка має установлені межі та певне місцем розташування, але і на повітряний простір, що знаходиться над поверхнею ділянки на висоту, необхідну для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд (ст. 79 Земельного кодексу України), то сервітути, які надають право використовувати лише повітряний простір над земельною ділянкою можна виділяти у самостійний вид- *повітряні сервітути*.

Особисті сервітути – це права, які управнюють конкретну особу на безпосереднє користування чужим майном, надають їй можливість задовольняти певні потреби використовуючи чуже майно. Вони призначені забезпечити права окремим категоріям осіб, які вони, як правило, не можуть набути у інший спосіб. Особисті сервітути нерозривно пов'язані з особою сервітуарія і тому не можуть існувати після його смерті. Смерть сервітуарія є підставою їх припинення.

У римському праві особисті сервітути було прийнято поділяти на два види: usus та ususfructus. Узуфруктом вважали речове право особистого користування чужою річчю, з правом отримання з неї природних плодів без зміни при цьому сутності самої речі та без можливості юридичного розпорядження річчю. Об'єктом такого користування могла бути лише неспоживна річ. Usus за своїм змістом був набагато вужчим ususfructus, оскільки надавав лише право користування "без права на плоди речі".

Варто відзначити, що уже за римським правом користування чужою річчю з правом отримання з неї плодів (доходів) могло бути встановлено і щодо res incorporales.

Аналіз змісту та правової природи ususfructus і usus свідчить про істотні відмінності між цими сервітутами та доцільність надання їм самостійного законодавчого регулювання, як це пропонувалося у проекті Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 року .

Серед особистих сервітутів, які отримали закріплення у чинному законодавстві України особливо слід виділити право дитини – члена сім'ї наймача або власника житлового приміщення користуватися займаним приміщенням (ст. 18 Закону України "Про охорону дитинства"), право користування житловим приміщенням членів сім'ї власників житлових будинків (квартир), які не є співвласниками (ст. 405 ЦК України), права члена ЖБК та членів його сім'ї.

Оскільки земельні та особисті сервітути як інститути цивільного права мають різне призначення та істотно відрізняються за своєї структурою та змістом, то у ЦК України їм треба надати самостійне правове регулювання.

У результаті встановлення сервітуту власник не позбавляється права власності, проте, на належне йому майно покладається "обтяження". В результаті цього зміст суб'єктивного права власника звужується і вартість його майна, як правило, зменшується. Тому при встановлені сервітуту власник службової земельної ділянки може вимагати надання йому належної компенсації.

Право на отримання власником оплати за сервітутне використання його майна передбачають Цивільний та Земельний кодекси України. Так, відповідно до ч. 3 ст. 403 ЦК, особа, яка користується сервітутом, зобов'язана вносити плату за користування чужим майном, якщо інше не встановлено договором, законом, заповітом або рішенням суду. Стаття 101 ЗК України надає власнику та землекористувачеві службової земельної ділянки право вимагати від осіб, в

інтересах яких встановлений сервітут плату за його встановлення. Тобто, оплатне сервітутне користування може встановлюватися з покладенням на сервітуарія обов'язку одноразово оплатити власнику обтяженого сервітутом майна певну грошову суму «за встановлення сервітуту» чи вносити плату за сервітутне користування майном частинами.

Отже відносини сервітутного користування можуть набувати ознак, прикметних для договору купівлі-продажу або найму, а сервітути за ознакою відплатності можна поділяти на *оплатні та безоплатні.*

Допустимість купівлі-продажі майнових прав прямо передбачена ст. 656 ЦК України, згідно з положеннями якої до таких договорів купівлі-продажу застосовують загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не випливає із змісту або характеру цих прав. Проте треба пам'ятати, що за ч. 1 ст. 401 ЦК сервітут може бути встановлений в тому разі, коли потреби певної особи "не можуть бути задоволені іншим способом".

Питання оплати при встановленні сервітутів не отримали належної деталізації ні у ЦК України, ні у інших законодавчих актах. У зв'язку з цим слушною є думка авторів, які вважають, що при визначенні розмірів сервітутних платежів слід враховувати не лише незручності, які змушений терпіти власник при реалізації своїх прав, але і вигоди, які отримує сервітуарій.

Важливою ознакою, яка характеризує правову природу речових прав, зокрема і більшості сервітутів, є їх безстроковий і навіть довічний характер. У тривалому існуванні речових прав, як відзначав С. Дністрянського, «лежить їх головна сила і головна мета» .

У римському праві, земельні сервітути не обмежувалися строками, а особисті сервітути, як правило, були довічними або встановлювалися на строк існування юридичної особи.

У п. 2 ст. 403 ЦК України передбачена можливість встановлення сервітутного користування "на певний строк або без визначення строку", а у ч.2 ст.98 Земельного кодексу України зазначається, що "земельні сервітути можуть бути постійними і строковими".

Можливість встановлення за сучасним законодавством строкових земельних сервітутів є певним відступом від традиційний положень речового права, проте заперечувати доцільність встановлення строкових речових прав, зокрема і встановлення на визначений строк сервітутів немає достатніх підстав.

За змістом та способом здійснення сервітутного користування сервітути можна поділяти на *постійні та тимчасові* (непостійні).

До постійних сервітутів відносять, наприклад, сервітути при яких службова земельна ділянка (або інше нерухоме майно) постійно (безперервно) обслуговує іншу-панівну ділянку і у такий спосіб створює чи покращує умови для її ефективного використання.

Непостійні сервітути проявляються у використанні чужого майна сервітуарієм періодично (непостійно).

Використання чужого майна за такими сервітутами, як правило, фізично не може здійснюватись безперервно, хоча сервітути і надають управненому можливість здійснювати належне йому право у будь-який час (право проходу, проїзду, право встановлення рештування на сусідній земельній ділянці для проведення ремонту будівлі тощо).

За ЦК України сервітут може надавати особі лише право користуватись чужим майном. Проте за римським правом сервітут міг не лише надавати право користування чужим майном, а й обтяжувати чуже майно іншим способом, наприклад, забороняти власникові обтяженої нерухомості здійснювати певні види використання свого майна. Негативний сервітут покладав на власника нерухомості обов'язок не використовувати своє майно певним чином. Ядро такого негативного сервітуту складало не право сервітуарія на вчинення певних дій (право користуватися чужим майном), а право на бездіяльність власника обтяженого майна і відповідний обов'язок останнього.

Згідно із ст. 103 (Зміст добросусідства) Земельного кодексу України власники та землекористувачі земельних ділянок повинні обирати такі способи використання земельних ділянок відповідно до їх цільового призначення, при яких власникам (землекористувачам) сусідніх земельних ділянок завдається найменше незручностей (затінення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо). Власники та землекористувачі земельних ділянок зобов'язані не використовувати земельні ділянки способами, які не дозволяють власникам (землекористувачам) сусідніх земельних ділянок використовувати їх за цільовим призначенням. Обтяження, яке покладає згадана стаття на власників та землекористувачів земельних ділянок, треба розглядати негативним, неявним земельним сервітутом, зміст якого полягає у тому, що власник земельної ділянки має право вимагати від власників сусідніх ділянок не вчиняти дій, в результаті яких відбувається неприпустимий вплив на панівну земельну ділянку. Зобов'язаними особами у цьому правовідношенні виступають лише власники сусідніх земельних ділянок, а його підставою є фактичне, сусідське розташування земельних ділянок.

За суб'єктним складом та структурою міжсуб'єктних зв'язків сервітути можна поділяти на *приватні та публічні*.

Приватними називають сервітути, які надають право користуватись чужим майном одній чи декільком чітко визначеним особам, а публічними ті, які закріпляють таке право за невизначемим колом осіб, тобто «за усіма та кожним».

У ч.2 ст 402 ЦК України передбачено, що земельний сервітут може бути встановлений між чітко визначеними особами, проте у законодавстві України передбачені випадки встановлення і публічних сервітутів.

Так, згідно із ст. 333 ЦК України, особа, яка зібрала ягоди, лікарські рослини, зловила рибу або здобула іншу річ у лісі, водоймі тощо, є їх власником, якщо вона діяла відповідно до закону, місцевого звичаю або загального дозволу власника відповідної земельної ділянки. Ця норма закріплена у Главі 24 "Набуття права власності", проте йдеться у ній про здійснення особливого виду права користування – узуфрукту, яке надає узуфруктарію право користати з чужого майна шляхом привласнення плодів, які воно приносить. Юридичними підставами права збирати ягоди та лікарські рослини, ловити рибу або здобути інші речі у лісі, водоймі може бути не лише закон, але і місцевий звичай та загальний дозвіл власника відповідної земельної ділянки.

Видима публічних сервітутів, які отримали закріплення у Водному кодексі України є, зокрема, право громадян здійснювати безкоштовно, без закріплення водних об'єктів за окремими особами та без надання відповідних дозволів для задоволення їх потреб «загальне водокористування» -купання, плавання на

човнах, любительське і спортивне рибальство, водопій тварин, забір води з водних об'єктів без застосування споруд або технічних пристроїв та з криниць (ст..47), право «користування водними об'єктами для потреб повітряного транспорту», яке відповідно до ст. 53 цього кодексу здійснюється безкоштовно та без надання відповідного дозволу, але у разі необхідності може бути частково або повністю заборонено Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими Радами за поданням відповідних державних органів водного господарства або охорони навколишнього природного середовища згідно з законодавством тощо. Право сервітутного користування чужою земельною лісовою ділянкою за невизначеним колом осіб закріплює у ст. 23 Лісовий кодекс України. Тому публічні сервітутів треба закріпити як особливий вид у України та врегулювати у главі 32 ЦК особливості їх встановлення та здійснення.

МОЖЛИВІСТЬ ЗАОЧНОГО РОЗГЛЯДУ ПРИ УЧАСТІ У СПРАВІ ТРЕТІХ ОСІБ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Значно ускладнює процес участь у справі третіх осіб. Треті особи можуть взяти участь у розпочатому між сторонами процесі або в ролі самостійного позивача, який пред'являє позов до однієї із первісних сторін чи до обох них (треті особи, що заявляють самостійні вимоги), або в ролі "помічників однієї із сторін" (треті особи, що не заявляють самостійних вимог).

Участь третіх осіб в цивільному процесі зумовлена тим, що судовий спір між сторонами прямо (стосовно третіх осіб, що заявляють самостійні вимоги) або опосередковано (стосовно тих, що не заявляють самостійних вимог) стосується прав та інтересів інших осіб. Залежно від такої заінтересованості третіх осіб у справі і повинно вирішуватися питання можливості заочного розгляду справи.

Не викликає жодних сумнівів те, що, якщо у справі бере участь третя особа, яка не заявляє самостійних вимог (чи-то на стороні позивача, чи на боці відповідача), її неявка жодним чином не впливає на розгляд судом позовних вимог. Також слід звернути увагу на те, що явку третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог і виступає в процесі на стороні відповідача, не можна в жодному випадку розцінювати як явку самого відповідача, а тому тут повинні застосовуватися загальні наслідки неявки в судове засідання відповідача (відповідно, заочний розгляд справи можливий при дотриманні загальних умов його допустимості).

Складнішою є ситуація участі в процесі третьої особи, що заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору. Адже відповідно до ст.34 ЦПК України такі особи мають усі процесуальні права та обов'язки позивача. Така законодавча вказівка не дозволяє однозначно відповісти на питання, чи вправі суд при неявці первісного позивача (або позивача і відповідача), якщо позов третьої особи пред'явлений до нього (до них обох), задовольняти клопотання про заочний розгляд вимог третьої особи? Також виникає питання, чи вправі суд приступати до заочного розгляду справи за клопотанням первісного позивача, якщо в судове засідання, окрім первісного відповідача не з'явилася ще й третя особа, що заявляє самостійні вимоги? В юридичній літературі відповіді на ці питання виявилися доволі неоднозначними.

Як зазначав К.Анненков, явка чи неявка третіх осіб, що заявляють самостійні вимоги (виступають в самостійній ролі сторони процесу), щодо допустимості заочного провадження повинна мати те ж значення, що і явка або неявка самих сторін процесу. Таким чином, він пропонував у випадку неявки в судове засідання первісного позивача та відповідача, якщо третя особа наполягає на розгляді її позовних вимог, що пред'явлені до них обох, постановляти заочне рішення, оскільки в такому випадку третя особа виступає позивачем, а позивач та відповідач – співвідповідачами. Однак жодних рекомендацій щодо того, чи таке рішення слід вважати заочним повністю чи в частині, а, відповідно, як його оскаржувати, не наводиться.

© Навроцька Ю., 2008

В ситуації, коли третя особа пред'явила позов до позивача та відповідача, які в судове засідання не з'явилися без поважних причин, І.В.Уткіна пропонує виносити одне заочне рішення як по перших, так і по других вимогах, оскільки вони взаємопов'язані: задоволення позову третьої особи виключає можливість задоволення позову первісного позивача і навпаки. Така ж позиція серед українських процесуалістів продубльована Д.Д.Луспеником. Видається, що мотивація, наведена в її обґрунтування, не відповідає суті заочного провадження.

По-перше, заочний розгляд справи можливий лише у випадку неявки в судове засідання належним чином повідомленого відповідача при наявності згоди на такий розгляд позивача. Пред'явлення позову третьої особи, що заявляє самостійні вимоги, змінює процесуальні ролі учасників процесу досить умовно. А тому так категорично стверджувати, що в такому випадку згода первісного позивача на ухвалення заочного рішення не потрібна, навряд чи можна.

По-друге, невирішеним при такому підході залишається питання оскарження ухваленого заочного рішення. Адже пропонується, щоб таке рішення вважалося заочним в цілому, тобто оскаржити його до суду першої інстанції вправі лише первісний відповідач, первісний позивач та третя особа зможуть оскаржити його лише в апеляційному порядку. Однак мотивація допустимості ухвалення заочного рішення в розглядуваній ситуації ґрунтується насамперед на тому, що в судове засідання не з'явилися відповідачі (первісний позивач та первісний відповідач) за позовом третьої особи. Якщо ж так буквально проектувати зміну процесуальних ролей у зв'язку з пред'явленням позову третьою особою, як це запропоновано І.В.Уткіною та Д.Д.Луспеником, то і позивача (який виступає відповідачем щодо третьої особи) слід наділяти правом пільгового оскарження ухваленого заочного рішення. А на практиці реалізувати це навряд чи вдасться, зважаючи на імперативні вимоги ЦПК України щодо оскарження заочних рішень різними способами різними учасниками процесу.

По-третє, приймаючи позов третьої особи до свого провадження, суд приймає його для спільного розгляду із первісним позовом, керуючись тим, що ці два позови взаємопов'язані, тобто права третьої особи із самостійними вимогами залежать від вирішення первісного позову між сторонами. Таким чином, суд повинен ухвалити єдине рішення, яким вирішуються по суті вимоги як позивача, так і третьої особи до нього або до обох сторін. Однак, ухвалюючи таке рішення, на мою думку, слід виходити із пріоритетності первинних вимог, заявлених в суді. Аналогічно до того, як вище пропонувалося вирішувати долю зустрічного позову у спорі, вважаю, що доцільно, аби доля позову третьої особи із самостійними вимогами залежала від руху по справі за первісним позовом, а не навпаки.

Якщо вважати, що у зв'язку з пред'явленням позову третьою особою міняються процесуальні ролі учасників процесу, то більш логічною видається позиція тих науковців, які стверджують, що у випадку неявки первісного позивача та відповідача позов третьої особи можна розглядати в порядку заочного провадження, а первісний позов слід залишати без розгляду відповідно до загальних наслідків неявки позивача. Ті вчені, які відстоюють допустимість роздільності розгляду первісного позову та позову третьої особи, обґрунтовують також, що якщо ж позов третьої особи пред'явлений до обох сторін спору, а в судове засідання не з'явився лише відповідач, то рішення, ухвалене за позовом

третьої особи не може вважатися заочним оскільки явка первісного позивача в даному випадку повинна прирівнюватися до явки одного із співвідповідачів, що унеможливлює заочну процедуру.

Якими б аргументованими не видавалися ці позиції з огляду на буквальне тлумачення процесуального закону, вони не відповідають вимогам доцільності, а також, як справедливо зазначає К.Аненнков, суперечать засаді нероздрібнення провадження у справі. На мою думку, якщо відповідачами за позовом третьої особи є як первісний позивач, так і первісний відповідач і обидва вони не з'явилися до суду без поважних причин, суд не вправі задовольняти клопотання третьої особи про заочний розгляд її позову. На жаль, така позиція не знайшла поки що свого законодавчого закріплення, та і в доктрині цивільного процесуального права широко не підтримується. На мою думку, розгляд справи в наведеній ситуації слід відкладати, якщо ж первісний позивач знову не з'явиться в судове засідання, то його позов залишати без розгляду, роз'яснюючи третій особі її право на звернення до суду в загальному порядку. Так само слід поступати, якщо у справі пред'явлений позов третьої особи, а в судове засідання не з'являється лише первісний позивач.

Якщо ж позов третьої особи пред'явлений до обох сторін спору, а в судове засідання не з'являється відповідач, і позивач не заперечує проти заочного розгляду справи, вважаю за доцільне ухвалення єдиного заочного рішення, яким би вирішувався позов первісного позивача та позов третьої особи. Визначальними при цьому є неявка первісного відповідача та згода первісного позивача на заочний розгляд справи; думку третьої особи щодо заочного розгляду суд з'ясовувати не повинен. При цьому рішення повинно вважатися заочним повністю.

Такий підхід, на мою думку, сприятиме ефективності цивільного судочинства та відповідатиме природі заочного провадження, вирішить питання руху провадження по справі при участі у ній третіх осіб із самостійними вимогами та дозволить виробити єдність підходу щодо пільгового оскарження такого рішення.

Якщо детально проаналізувати ст.169 ЦПК України, яка регламентує наслідки неявки в судове засідання осіб, що беруть участь у справі, то звертає на себе увагу те, що наслідки неявки без поважних причин третьої особи законодавцем окремо не виписані. А це, очевидно, означає лише те, що цьому факту не надається особливого значення. Використання ж спеціальної термінології в найменуванні учасників процесу ("третя особа, що заявляє самостійні вимоги", а не "позивач") підкреслює те, що така третя особа не стає позивачем в буквальному розумінні. Тому, якщо в судове засідання не з'являється третя особа із самостійними вимогами, вважаю за доцільне розглядати її вимоги спільно із вирішенням по суті позову первісного позивача (або в загальному порядку, або в заочному – залежно від явки в судове засідання відповідача та волевиявлення позивача).

Погоджуючись із теорією залежності позову третьої особи від позову первісного позивача, ґрунтуючись на засаді пріоритетності вимог позивача в конкретній справі, вважаю за доцільне доповнити ЦПК України відповідними положеннями, які б однозначно вирішували змодельовані вище ситуації неявки учасників процесу, якщо у справі бере участь третя особа із самостійними вимогами. Зокрема:

1. доповнити ЦПК України статтею 225^2 такого змісту:

"Стаття 225^2. Заочний розгляд справи при участі у справі третіх осіб

— Якщо у справі бере участь відповідно до статті 35 цього Кодексу третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, її неявка не впливає на можливість заочного розгляду справи при дотриманні умов, визначених частиною 1 статті 224 цього Кодексу.

— Якщо у справі бере участь відповідно до статті 34 цього Кодексу третя особа, яка заявляє самостійні вимоги, якщо відповідачами за позовом третьої особи є як первісний позивач, так і первісний відповідач і обидва вони або лише позивач не з'явилися до суду без поважних причин, суд не вправі задовольняти клопотання третьої особи про заочний розгляд її позову. В такому разі слід застосовувати положення пункту 3 частини 1 та частину 3 ст.169 ЦПК України щодо наслідків неявки в судове засідання позивача.

— Якщо позов третьої особи пред'явлений до обох сторін спору, в судове засідання не з'являється відповідач, а позивач не заперечує проти заочного розгляду справи, суд ухвалює єдине заочне рішення, яким вирішує по суті позов позивача та позов третьої особи. При цьому згода третьої особи на заочний розгляд справи не потрібна.

— Якщо в судове засідання без поважних причин не з'являється як відповідач, так і третя особа, що заявляє самостійні вимоги, суд приступає до заочного розгляду справи, якщо позивач не заперечує проти цього";

2. доповнити ч.3 ст.169 України наступним реченням: "Якщо у справі бере участь третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, суд роз'яснює такій третій особі її право звернутися до суду з позовом в загальному порядку". Аналогічною нормою можна доповнити і п.3 ч.1 ст.207 ЦПК України;

3. доповнити ст.169 частиною 6 такого змісту: "6. Неявка в судове засідання без поважних причин третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, або неповідомлення нею про причини неявки не є перешкодою для розгляду справи, в тому числі і її позову спільно із вимогами позивача".

ПОВНОВАЖЕННЯ ПРЕДСТАВНИКА В СУДІ

Сеник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

I. Відповідно до ч. 1ст. 38 ЦПК України сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, заявники та інші заінтересовані особи в справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника. Звернемо увагу на те, що, по-перше, судове представництво може мати місце не тільки у справах позовного та окремого провадження, але й у справах наказного провадження. По-друге, спірною є позиція законодавця щодо можливості усіх осіб, які відповідно до закону захищають права, свободи чи інтереси інших осіб, брати участь у цивільній справі через представника. Так, до такого виду суб'єктів ст. 45 ЦК України відносить, зокрема, прокурора. Проте, навряд чи прокурор може брати участь у цивільній справі через представника. По-третє, законодавча заборона щодо можливості виникнення судового представництва у справах про усиновлення стосується лише подання заяви про усиновлення. Так, відповідно до ч. 1 ст. 223 СК України подання до суду заяви про усиновлення через представника не допускається. Проте, вбачається, що після відкриття провадження у справах про усиновлення одночасно із заявником може брати участь і його представник. Слід наголосити на тому, що, оскільки справи окремого провадження суд розглядає за участю заявника (ч.4 ст. 235 ЦПК України), то безпосередня участь заявника у справах про усиновлення є обов'язковою.

II. Судовий представник як суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин належить до осіб, які беруть участь у справі, а, тому має увесь комплекс прав і обов'язків, передбачених статтею 27 ЦПК України.

III. Представник у цивільному процесі має лише процесуальну заінтересованість, яка зводиться до бажання, щоб судове рішення (рішення, ухвала, наказ) було прийняте в інтересах особи, які він представляє.

IV. ЦПК України передбачає можливість паралельної участі у цивільній справі представника і його довірителя. У таких випадках можуть виникнути розбіжності між представником і особою, яку він представляє. На практиці прерогатива має надаватись позиції довірителя, оскільки обсяг повноважень представника є похідним від прав, якими фактично його наділив довіритель.

V. Відповідно до ч. 1 ст. 44 ЦПК України представник, який має повноваження на ведення справи в суді, може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Проте, все ж таки, повноваження судового представника залежать від виду судового представництва: чи це законне, чи договірне представництво. Якщо має місце законне представництво, то законний представник може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Якщо участь у справі бере договірний представник, то, за загальним правилом, він може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх

© Сеник С., 2008

має право вчиняти ця особа. Проте, згідно із ч.2 ст. 44 ЦПК України у виданій довіреності можуть бути застережені обмеження повноважень такого представника на вчинення певної процесуальної дії.

У контексті цього питання потрібно звернути увагу на деякі аспекти реалізації судовим представником своїх повноважень у цивільній справі.

Як уже зазначалось, виходячи із аналізу положень ЦПК України, законний представник може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Проте вчинення певних процесуальних дій законним представником вимагає від суду перевірки законності їх вчинення. Так, згідно із ч.5 ст. 174 ЦПК України суд не приймає відмову позивача від позову, визнання позову відповідачем у справі, в якій особу представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє. Згідно із ч.6 ст. 175 ЦПК України суд не визнає мирової угоди у справі, в якій одну із сторін (*це положення слід застосовувати і у тих випадках, коли законне представництво виникає на боці обидвох сторін – С.С.*) представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє. У таких випадках межі повноважень законного представника визначаються з врахуванням норм права, які містяться в інших нормативних актах. Зокрема, у ст. 71 ЦК України визначено перелік правочинів, які вчиняються опікуном або піклувальником тільки з дозволу органу опіки та піклування. Тому, якщо мирова угода в цивільному процесі буде спрямована, наприклад, на відмову від майнового права підопічного, суд повинен буде перевірити наявність дозволу органу опіки та піклування на вчинення такого правочину опікуном та чи не суперечать такі дії опікуна інтересам підопічного.

Договірний представник може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Довіритель може обмежити обсяг повноважень представника, застерігши про це у довіреності.

Розглядаючи питання про повноваження договірного представника, слід окремо торкнутись питання щодо специфіки статусу адвоката як судового представника. Поряд із правами і обов'язками, які визначені ст. 27 ЦПК України, адвокат наділений і повноваженнями, наданими йому ЗУ „Про адвокатуру" – стаття 6. Частина 4 ст. 42 ЦПК України передбачає, що повноваження адвоката як представника можуть посвідчуватись ордером, який виданий відповідним адвокатським об'єднанням. У літературі справедливо піднімається питання про можливість обмеження обсягу повноважень адвоката у таких випадках, оскільки ордер лише засвідчує право адвоката на надання правової допомоги у суді. Вважаємо, що для уникнення можливих непорозумінь особі, яку у цивільній справі буде представляти адвокат, варто видавати довіреність.

VI. Залишається спірною ситуація, коли у цивільній справі виникає спір між представниками одного довірителя. Цієї ситуації можна уникнути шляхом чітко встановлених обмежень у виданій довіреності для кожного представника. Якщо ж довіритель видав „загальні" довіреності, то, вбачається, у таких випадках потрібно керуватись п. 4 ч. 1 ст. 169 ЦПК України.

VII. ЦПК України допускає „подвійне" представництво. Мова йде про можливість законного представника довірити ведення справи договірному представникові.

Договірний представник має право передоручити ведення справи іншій особі лише, якщо це буде прямо передбачено у виданій йому довіреності.

VIII. Про припинення представництва або обмеження повноважень представника за довіреністю має бути повідомлено суд шляхом подання письмової заяви або усної заяви, зробленої у судовому засіданні (ч.4 ст. 44 ЦПК України).

Згідно ч. 3 ст. 44 підстави і порядок припинення представництва за довіреністю визначаються статтями 248-250 ЦК України. Крім цього, відповідно до Правил адвокатської етики і клієнт, і адвокат мають право розірвати укладений між ними договір (п.п. 40, 41, 44).

СОЦІАЛЬНО-СТРАХОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ: ПРОБЛЕМА ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ

Синчук С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Соціально-страховими вважаються відносини, які існують у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування, щодо організації соціального страхування, утворення соціальних страхових фондів, формування коштів останніх та розподілу цих коштів між особами, що потребують соціального забезпечення.

Аналіз правової літератури показав активну зацікавленість вчених – представників різних галузевих наук проблемами соціального страхування. Соціально-страхові правовідносини стали предметом дослідження науковців у сфері фінансового (Л.К. Воронова, О.Н. Горбунова, А.А. Нечай), цивільного (А.П. Сергєєва, Ю.К. Толстой, Т.А. Федорова), та, звичайно, права соціального забезпечення (Н.Б. Болотіна, В.Я. Бурак, І.О. Гуменюк, П.Д. Пилипенко, С.М. Прилипко).

Все це зумовлено різноманітністю та складністю відносин загально-обов'язкового державного соціального страхування, а також метою, яку вчені – дослідники ставлять перед собою.

При чому дослідження правовідносин соціального страхування у науковій літературі різного галузевого спрямування – це не проста підміна одних обґрунтувань іншими. Вони відображають істотні, якісні ознаки предмета чи явища, якого означають; розкривають його зміст, дозволяють виділити родові (притаманні ряду родинних предметів чи явищ) чи видові (характерні тільки для даного конкретного поняття) ознаки. Будь-якому інституту притаманні основні фундаментальні узагальнюючі риси тієї галузі права, сукупність норм якої він узагальнює в собі.

При вивченні загальнообов'язкового державного соціального страхування в рамках предмета фінансового права особливий наголос досліджень спрямований на ефективність формування та використання страхових фондів з метою фінансового забезпечення діяльності держави та його місце в системі публічних фінансів. Зокрема, це питання про: джерела формування страхових фондів, їх взаємозв'язок з іншими ланками фінансової системи держави, в т.ч. бюджетною сферою, порядок використання коштів фондів; обов'язкове державне соціальне страхування та інші відносини в сфері страхування, пов'язані з створення, розподілом та використанням фондів соціального страхування.

Обґрунтовуючи галузеву природу, дослідники фінансового права називають наступні ознаки, притаманні соціально-страховим правовідносинам як предмету фінансового права: по-перше, виникають в процесі фінансової діяльності держави; по-друге, одним із суб'єктів таких правовідносин завжди є управомочений орган держави (у наших правовідносинах – це фонди загальнообов'язкового державного соціального страхування); і, нарешті, по-третє, вони завжди виникають з приводу грошових платежів в дохід держави.

© Синчук С., 2008

Адміністративні відносини виникають, змінюються та припиняються в процесі управлінської діяльності держави, не пов'язаної безпосередньо з фінансовою діяльністю, з поступленням грошових коштів в дохід держави. А отже з адміністративними нормами пов'язують управління фондами загальнообов'язкового державного соціального страхування, а саме компетенцію державних органів у сфері соціального страхування.

Соціально-страхова діяльність як інститут права соціального забезпечення досліджується в аспекті реалізації конституційних прав громадян (права на соціальний захист, на охорону здоров'я, на медичне допомогу). Правовим підґрунтям методології такого дослідження є положення ст. 46 Конституції України: «Право на соціальний захист гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ організацій…». Страхові внески роботодавців та застрахованих осіб закріплені основним джерелом коштів загальнообов'язкового державного соціального страхування Основами законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування.

Юридична природа цих відносин така, що ефективності правового регулювання у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування можна об'єктивно досягти лише за умови належності їх до сфери права соціального забезпечення.

То ж соціально-страхові правовідносини займають чільне місце у структурі правових відносин соціального забезпечення. Такими зокрема вважаються врегульовані нормами права суспільні відносини щодо збору страхових внесків та акумуляції коштів соціальними страховим фондами. Вони є допоміжними та існують задля обслуговування основних – соціально-забезпечувальних правовідносин. Саме завдяки соціально-страховим правовідносинам реалізується право застрахованих осіб (членів їхніх сімей) на отримання соціальних виплат за кошти соціальних страхових фондів у разі настання страхового випадку.

Існує, щоправда, проблема із визначенням юридичної природи відносин, що складаються у сфері недержавного соціального страхування. Суб'єктами такого страхування виступають приватні пенсійні фонди, недержавні соціальні заклади, роботодавці, фізичні особи. Держава ж, яка на законодавчому рівні встановлює недержавне пенсійне страхування чи страхування від нещасного випадку, бере під свій контроль діяльність таких страхових фондів і тим самим стає учасником відповідних відносин. Тому відносини недержавного соціального страхування мають подвійний характер. За винятком тієї їх частини, що належить до сфери цивільного права, решта – стосуються предмета права соціального забезпечення.

Визначаючи зміст досліджуваного нами поняття, вчені – представники науки права соціального забезпечення акцентують увагу на ознаках, які на їх думку більш точно характеризують поняття правовідносин загальнообов'язкового державного соціального страхування: в одних випадках – вказують на соціальні ризики, в інших – на страховий характер цих відносин, ще в інших – на те, що воно є переважаючою формою реалізації громадянами права на соціальне забезпечення. Суттєвих розбіжностей не має в основній ознаці – термін соціально-страхові правовідносини пов'язують з проблемою фінансового забезпечення соціальних виплат.

Суб'єктами соціально-страхових правовідносин є застраховані громадяни, а в окремих випадках – члени їхніх сімей та інші особи, а також страхувальники і страховики. Застрахованою вважається фізична особа на користь якої здійснюється загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Коло тих осіб, які можуть бути застрахованими визначається законами, які регулюють окремі види загальнообов'язкового соціального страхування.

Суб'єктами правовідносин соціального страхування є також страхувальники. Це ті особи, які зобов'язані (або мають бажання) сплачувати страхові внески відповідно до закону чи договору. Суб'єктами, що зобов'язані перераховувати до фонду внески є роботодавці. Наймані працівники, які також сплачують їх, на свою користь теж належать до суб'єктів цього виду. Страхувальником, що сплачує страхові внески за власним бажанням може бути будь-яка фізична особа яка виявила інтерес до участі у соціальному страхуванні. Це можуть бути так звані самозайняті особи (підприємці без створення юридичної особи, адвокати, приватні нотаріуси тощо).

Страховиками у соціально-страхових правовідносинах виступають цільові страхові фонди: пенсійного страхування, страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами зумовленими народженням та похованням; страхування на випадок безробіття і страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань.

З поміж усіх цих учасників центральним суб'єктом соціально-страхових правовідносин вважається застрахована особа, адже саме її інтерес слугує об'єктом страхування.

Участь суб'єктів у соціально-страхових правовідносинах є доволі різноплановою за характером та змістом. Зокрема, правові стосунки страхувальників і застрахованих осіб майже відсутні у площині соціального страхування. Тут обов'язки участі страхувальників у соціально-страхових правовідносинах зумовлені наявністю трудових правовідносин із застрахованою особою. Тобто якихось додаткових зобов'язань між страховиком і застрахованою особою в частині сплати страхових внесків не виникає. Вони встановлені законом і виникають в результаті укладення трудового договору.

Інакше виглядає ситуація із взаємовідносинами страхувальників та страховиків. Тут специфіка правовідносин проявляється у тому, що об'єктом соціально-страхових правовідносин між страхувальником та страховиком є страхові внески, які і складають основу соціальних коштів. Натомість, інший їх різновид – правовідносини щодо організації соціального страхування (реєстрація платників страхових внесків, персоніфікований облік, видача застрахованим документів, які підтверджують факт страхування і т.д.) мають своїм об'єктом результат дій суб'єктів, який відображений у правовому акті, що фіксує здійснення соціального страхування щодо конкретної особи.

Змістовні ознаки соціально-страхових правовідносин виражаються не лише в обов'язку страхувальників сплачувати страхові внески. Суб'єкти цих правовідносин можуть мати і інші права та обов'язки. Так, роботодавець, як суб'єкт соціально-страхових правовідносин, зобов'язаний в установленому порядку надавати виконавчій дирекції відповідного Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України відомості про: прийняття на роботу працівників; їх заробітну плату, використання робочого часу; сплату страхових

внесків, у тому числі застрахованими особами; ліквідацію чи реорганізацію підприємства, установи, організації, зміну юридичної адреси тощо. Фонд загальнообов'язкового державного соціального страхування від нещасного випадку на виробництві, крім збору та акумуляції коштів, здійснює заходи, спрямовані на запобігання нещасним випадкам, усунення загрози здоров'ю працівників і т.п.

Особливості виникнення, зміни та припинення соціально-страхових правовідносин зумовлені тим, що вони тісно пов'язані і до певної міри залежні від трудових чи цивільних правовідносин. Так момент виникнення соціально-страхових правовідносин визначений законом та зумовлений обов'язковістю страхування всіх осіб які працюють на умовах трудового договору (контракту). А таке ж страхування особами, які забезпечують себе роботою самостійно (члени творчих спілок, творчі працівники, які не є членами творчих спілок), та громадянами – суб'єктами підприємницької діяльності виникає з моменту добровільного укладення ними договору. Уклавши трудовий договір працівник стає застрахованою особою і вправі вимагати від роботодавця перерахунку страхових внесків до соціальних страхових фондів. Роботодавець набуває статусу платника страхових внесків у 10-денний термін з дня отримання ним свідоцтва про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності або з дня укладення трудового договору з найманим працівником.

Розірвання трудового договору зумовлює припинення сплати страхових внесків, що однак не позбавляє особу статусу застрахованої особи в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування, оскільки припинення трудових правовідносин може призвести до виникнення інших правових відносин. Наприклад, факт безробіття особи породжує право на продовження її участі в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття, тільки вже у статусі забезпечуваної особи. Тобто, тут виникають соціально-забезпечувальні правовідносини щодо виплати допомоги по безробіттю.

Та обставина, що соціально-страхові правовідносини мають допоміжний характер зовсім не свідчить про їх вторинність або меншовартість для права соціального забезпечення та вітчизняного права загалом. Структура суспільних відносин настільки різноманітна і мінлива, що повнота їх правового регулювання досягається саме завдяки поєднанню і збалансованості основних і допоміжних правових механізмів юридичного впливу на ці відносини.

ПРАВОВИЙ СТАТУС СТОРІН СПАДКОВОГО ДОГВОРУ

Шама Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сторонами спадкового договору згідно цивільного законодавства України є відчужувач та набувач (ст. 1303 ЦК України).

Відповідно до ч. 1 ст. 1303 ЦК України відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа.

Таке законодавче окреслення кола осіб, які можуть бути відчужувачем у спадковому договорі, не є логічним та й, більше того, нехарактерним для цивільного законодавства. Законодавець в даному випадку відходить від традиційного критерію, який кладеться в основу визначення сторін цивільно-правового договору, а саме – поділу осіб на фізичних та юридичних.

Власне, виходячи з цього критерію, й визначаються сторони інших договорів, передбачених ЦК України. Скажімо, відчужувачем у договору довічного утримання може бути фізична особа незалежно від її віку та стану здоров'я (ч. 1 ст. 746 ЦК України); сторонами у договорі найму житла можуть бути фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 829 ЦК України); сторонами у договорі дарування можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальна громада (ч. 1 ст. 720 ЦК України) і цей перелік можна продовжити далі.

І у договорі дарування, і у договорі довічного утримання чи найму житла, коли йдеться про те, що стороною цих договорів може бути фізична особа, то зрозуміло, що це може бути як подружжя, так і один з подружжя, або ж особа, яка взагалі в шлюбі не перебуває. А тому стосовно вказаних договорів та й інших договорів, передбачених ЦК України, законодавець на цьому і не наголошує, а просто використовує загальне для даного кола осіб позначення – фізична особа, бо можливість вступу фізичної особи в договірні відносини не пов'язана з її особистим статусом (перебування чи не перебування у шлюбі), а лише з огляду на нього має певні, передбачені законодавством, особливості.

Тому незрозуміло, чому стосовно визначення кола осіб, які можуть бути відчужувачем у спадковому договорі, законодавець відступив від загального правила, вказавши, що відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя або інша особа, тим більше, що коли у ч. 2 цієї ж ст. 1303 ЦК України йдеться про набувача, то тут вказано, що це може бути фізична або юридична особа. На наш погляд, немає потреби наголошувати на тому, що відчужувачем у спадковому договорі може бути подружжя, один із подружжя, оскільки це й так зрозуміло. Достатньо буде вказати, що це може бути фізична особа, тим більше, що ст. 1306 ЦК України містить спеціальні положення щодо особливостей укладення спадкового договору за участю подружжя, а отже зазначена норма і вказує, що відчужувачем у спадковому договорі може бути в тому числі й подружжя.

© Шама Н., 2008

По-друге, відчужувачем у спадковому договорі може бути лише фізична особа, хоча це прямо і не передбачено ч. 1 ст. 1303 ЦК України, яка зазначає, що відчужувачем, поряд із подружжям та одним з подружжя, може бути також й інша особа.

Такий висновок слідує з норми ст. 1302 ЦК України, у якій йдеться про те, що набувач набуває право власності на майно відчужувача лише після смерті останнього. А це означає, що відчужувачем у спадковому договорі не може бути юридична особа, оскільки смерть є підставою припинення цивільних прав та обов'язків лише для фізичних осіб, а отже й відчужувачем у спадковому договорі може бути лише фізична особа.

Таким чином, враховуючи наведені аргументи, з тим, щоб уникнути будь-яких непорозумінь та протиріч, ми пропонуємо змінити ч. 1 ст. 1303 ЦК України і викласти її в такій редакції: **Відчужувачем у спадковому договорі може бути фізична особа.**

Якщо говорити про фізичну особу-відчужувача, то для того, щоб укласти спадковий договір, вона повинна володіти відповідним обсягом цивільної дієздатності.

Фурса С.Я. та Фурса Є.І. вважають, що спадковий договір вважається таким, що не може посвідчуватися через представника, а особа повинна виявляти свою волю нотаріусу безпосередньо, зсилаючись при цьому на положення ч. 2 ст. 238 ЦК України. Однак ми не підтримуємо цієї позиції авторів, обґрунтовуючи свою позицію наступними аргументами.

Оскільки спадковий договір, передбачений Гл. 90 ЦК України, не є підставою спадкування, а отже відчужувач шляхом укладення цього договору не розпоряджається на випадок смерті, хоча й момент переходу майна у власність набувача й визначається моментом смерті відчужувача та й сам договір іменується "спадковим", то до відчужувача не повинні застосовуватися вимоги, які пред'являються до особи, яка вчиняє особисте розпорядження на випадок смерті. Таким чином, до відчужувача у спадковому договорі не застосовуються вимоги ст. 1234 ЦК України, а саме те, що відчужувач повинен володіти повною цивільною дієздатністю та може укласти спадковий договір лише особисто.

Глава 90 ЦК України, присвячена правовому регулюванню спадкового договору, не передбачає спеціальних норм щодо того, яким обсягом цивільної дієздатності повинні володіти його сторони, а тому в цьому відношенні треба керуватися загальними положеннями про фізичну особу, передбаченими Гл. 4 ЦК України.

Поза сумнівом, що відчужувачем у спадковому договорі може бути фізична особа, наділена повною цивільною дієздатністю, оскільки у цьому випадку особа може вчиняти будь-які правочини.

За загальним правилом, повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла 18-річного віку. Але з цього правила є винятки, оскільки набуття фізичною особою повної цивільної дієздатності закон пов'язує не лише з досягненням певного віку, а й з іншими юридичними фактами.

У разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу (ч. 2 ст. 34 ЦК України), а отже з цього моменту може виступати в якості відчужувача у

спадковому договорі. Крім того, повна цивільна дієздатність може бути надана: фізичній особі, яка досягла 16 років і працює за трудовим договором; неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини; фізичній особі, яка досягла 16 років і бажає займатися підприємницькою діяльністю. Ця категорія осіб у випадку набуття ними повної цивільної дієздатності у встановленому законом порядку, також може бути відчужувачем у спадковому договорі.

Не може бути відчужувачем у спадковому договорі фізична особа, яка хоч і набула повної цивільної дієздатності, але рішенням суду з передбачених законом підстав визнана недієздатною. Така особа в силу прямої вказівки закону не може вчиняти будь-якого правочину (ч. 2 ст. 41 ЦК України), а від її імені та в її інтересах правочини вчиняє опікун. І оскільки шляхом укладення спадкового договору не вчинюється розпорядження на випадок смерті, яке носить особистий характер, то й укладення спадкового договору через представника в даному випадку допускається, але лише за згодою органу опіки та піклування (п. 3 ч. 3 ст. 71 ЦК України).

Фізична особа, яка хоч і набула повної цивільної дієздатності, але дієздатність якої обмежена, може самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини (ч. 2 ст. 37 ЦК України). Правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, які виходять за межі дрібних побутових, вчинюються особою, цивільна дієздатність якої обмежена, лише за згодою її піклувальника (ч. 3 ст. 37 ЦК України).

Коли йдеться про недієздатних осіб та осіб, дієздатність яких обмежена, треба враховувати те, що особа вважається недієздатною чи обмеженою в дієздатності лише з часу набрання законної сили рішенням суду про визнання її недієздатною або відповідно обмежено дієздатною. До цього моменту особа вважається дієздатною і може вчиняти різного роду правочини, зокрема й укладати спадковий договір.

Крім того, нездатність особи усвідомлювати значення своїх дій в момент вчинення правочину в силу, наприклад, психічного захворювання, не спричинює недійсність такого правочину, оскільки формально він був вчинений дієздатною особою. Наявність цієї обставини може бути лише підставою для пред'явлення позову про визнання такого правочину недійсним.

Малолітні особи не можуть бути відчужувачем у спадковому договорі, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 31 ЦК України укладення спадкового договору виходить за межі їх часткової цивільної дієздатності. В інтересах малолітніх та від їх імені спадковий договір можуть укласти лише законні представники вказаних осіб.

Неповнолітні особи самостійно не можуть укладати спадковий договір в якості відчужувача, бо вчинення цього правочину не охоплюється обсягом їх неповної цивільної дієздатності (ч. 1 ст. 32 ЦК України). Укласти спадковий договір в якості відчужувача неповнолітні особи згідно ч. 2 ст. 32 ЦК України можуть лише за згодою батьків (усиновителів) або піклувальників.

Таким чином, виходячи з наведеного можна констатувати, що відчужувачем у спадковому договорі може бути будь-яка фізична особа. Однак самостійно укладати спадковий договір в якості відчужувача може:

1. фізична особа, яка на момент укладення спадкового договору володіє повною цивільною дієздатністю;

2. неповнолітня особа за наявності згоди її батьків (усиновителів) або піклувальників;
3. фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, за наявності згоди її піклувальника.

Не може самостійно укладати спадковий договір в якості відчужувача:

1) малолітня особа; 2) неповнолітня особа за відсутності згоди її батьків (усиновителів) або піклувальників; 3) особа, цивільна дієздатність якої обмежена, за відсутності згоди її піклувальника; 4) недієздатна особа.

Другою стороною спадкового договору є набувач. Відповідно до ч. 2 ст. 1303 ЦК України набувачем у спадковому договорі може бути фізична або юридична особа.

Якщо говорити про фізичну особу-набувача, то вона також повинна володіти відповідним обсягом цивільної дієздатності для того, аби укласти спадковий договір.

Набувачем у спадковому договорі може бути фізична особа, наділена повною цивільною дієздатністю, тобто особа, яка досягла 18-річного віку, а також неповнолітня особа у разі реєстрації нею шлюбу. Набувачем у спадковому договорі також може бути особа, яка хоча й не досягнула 18-річного віку, але якій повна цивільна дієздатність була надана з підстав та в порядку, передбаченому цивільним законодавством (ст. 35 ЦК України). Це, зокрема, може бути фізична особа, яка досягла 16 років і працює за трудовим договором; неповнолітня особа, яка записана матір'ю або батьком дитини; фізична особа, яка досягла 16 років і бажає займатися підприємницькою діяльністю.

Малолітні особи не можуть самостійно укладати спадковий договір в якості набувача, а в їх інтересах та від їх імені можуть діяти законні представники, воля яких замінює відсутню волю малолітніх.

Неповнолітні особи можуть бути набувачем у спадковому договорі за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників, оскільки спадковий договір завжди є оплатним, а отже передбачає вчинення набувачем зустрічного майнового задоволення. Однак, на наш погляд, з цього правила є винятки, зокрема, коли набувач за договором зобов'язується вчинити певні дії в межах свого заробітку, стипендії чи інших доходів. В цьому випадку неповнолітні особи можуть укладати спадковий договір в якості набувача без згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальників, оскільки згідно п. 1 ч. 1 ст. 32 ЦК України неповнолітні особи можуть самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, в тому числі й використовувати їх як оплату за передання їм у власність майна за спадковим договором.

Недієздатні особи не можуть вчиняти будь-яких правочинів, в тому числі й укладати спадковий договір в якості набувача, а від імені такої особи та в її інтересах укласти спадковий договір може її опікун (ч. 3 ст. 41 ЦК України).

Фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може укласти спадковий договір в якості набувача лише за згодою піклувальника, оскільки за договором набувач зобов'язується вчинити певні дії майнового характеру, а отже так чи інакше буде змушений розпорядитися належним йому майном для вчинення передбачених договором дій. А таке розпорядження майном особи, цивільна дієздатність якої обмежена, згідно ч. 3 ст. 37 ЦК України може бути

здійснене лише за згодою піклувальника. Крім того, фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, не змогла б навіть самостійно використати свої доходи для виконання розпоряджень відчужувача, бо одержання заробітку, стипендії, пенсії, інших доходів такої особи та розпорядження ними здійснюється піклувальником. Одержання та розпорядження такими доходами з боку особи, цивільна дієздатність якої обмежена, можливе лише за письмовим дозволом піклувальника (ч. 4 ст. 37 ЦК України).

Набувачем у спадковому договорі може бути й юридична особа, яка існує на момент укладення спадкового договору, за умови, що укладення спадкового договору охоплюється обсягом її правоздатності.

Таким чином, набувачем у спадковому договорі може бути:

1. фізична особа, яка на момент укладення спадкового договору володіє повною цивільною дієздатністю;
2. неповнолітня особа, якщо за спадковим договором вона зобов’язується вчинити певні дії в межах свого заробітку, стипендії чи інших доходів;
3. неповнолітня особа за наявності згоди її батьків (усиновлювачів) або піклувальників, якщо за спадковим договором вона зобов’язується вчинити певні дії на користь відчужувача, що виходять за межі її заробітку, стипендії чи інших доходів;
4. фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, за наявності згоди її піклувальника;
5. юридична особа, яка існує на момент укладення спадкового договору, якщо укладення спадкового договору охоплюється обсягом її правоздатності.

МОДЕЛЬ РЕАЛЬНОГО ТА КОНСЕНСУАЛЬНОГО ДОГОВОРУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Яворська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Поділ договорів на реальні та консенсуальні здійснюється в залежності від того, з якого моменту договір вважається укладеним. Законодавчі дефініції таких видів договорів відсутні. В науковій літературі під консенсуальним договором розуміють договір, який вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторін з усіх істотних умов договору. Реальний договір є укладеним з моменту досягнення згоди сторін з його істотних умов і передання майна. Тобто, в консенсуальних договорах передання майна чи вчинення інших дій здійснюється на стадії виконання договору, в реальних –на стадії його укладення. Законодавчі конструкції консенсуального характеру договору формулюються словесною формою „зобов'язується передати (вчинити дію)", реального – „передає". Однак непослідовність та неузгодженість законодавчих підходів щодо характеру договору зумовлюють не лише наукові дискусії щодо їх характеру, а й проблеми практичного застосування. Звернемося до аналізу таких договорів як рента та довічне утримання (догляд).

Законодавча дефініція договору ренти дозволяє зробити висновок про його реальний та односторонньо зобов'язуючий характер. Висновок про реальний характер цього договору грунтується на застосуванні у дефініції договору формулювання „передає", а не „зобов'язується передати". Як випливає зі змісту статті 731 ЦКУ одержувач ренти має право вимагати виплати рентних платежів. Його праву кореспондує обов'язок платника ренти виплачувати її у погодженому розмірі та вчасно.

В науковій літературі питання про характеристику договору ренти є дискусійним. Договір ренти – це реальний договір, оскільки його укладення вимагає передання майна. До передання майна він не зумовлює жодних правових наслідків. Договір ренти є консенсуальним договором: права і обов'язки сторін виникають після досягнення згоди з усіх істотних умов в передбаченій законом формі. Договір можна визначити як оплатну, ризикову (алеаторну), двосторонню, імперативно реальну або консенсуальну (у встановлених законом випадках), довготривалу угоду.

Інші науковці звертають увагу на законодавчі норми про можливість застосування до договору ренти положень про купівлю-продаж у випадку оплатної передачі майна під виплату ренти. Оскільки договір купівлі-продажу консенсуальний, то в такому разі і договір ренти набуває ознак консенсуальності. Якщо ж майно під виплату ренти передається безоплатно, то застосовуються положення про договір дарування. Цей же договір є реальним, а тому й договір ренти в такому разі теж реальний. Тому договір ренти залежно від форм передання майна може бути як реальним так і консенсуальним, а відтак відповідно – взаємним чи односторонньо зобов'язуючим. Але як випливає зі змісту норми частини другої статті 734 ЦКУ положення про купівлю-продаж чи дарування до відносин з договору ренти застосовуються субсидіарно, якщо це не

© Яворська О., 2008

суперечить суті договору ренти. Тому автоматично переносити дію цих норм на відносини сторін рентного договору буде неправильним.

В науковій літературі обгрунтовується позиція про те, що характер договору ренти залежить від виду майна. яке передається під виплату ренти. Якщо передається нерухоме майно, то з врахуванням норм статті 334 ЦКУ, договір матиме ознаки консенсуального правочину; при переданні рухомого майна залежно від форм його передання (відплатно чи безвідплатно) – договір може бути як консенсуальним так і реальним. Такий підхід в певній мірі нівелює критерій та й сенс розмежування договорів на реальні та консенсуальні. Якщо в кожному окремому випадку слід оцінювати характер договору, виходячи з виду майна, що передається за договором, то сенс класифікації втрачається.

Отже, ті чи інші наукові аргументи зводяться до обгрунтування двох позицій: договір ренти є консенсуальним, а відтак взаємно зобов'язуючим; договір ренти є реальним, односторонньо зобов'язуючим.

Із змісту статей 731, 744 ЦКУ, в яких застосовується словесна форма „передає" випливає висновок, що законодавець конструює ці договори як реальні. Чому ж законодавець застососує стверджувальну форму дієслова – передає, а не зобов'язується передати? Очевидно, що такий законодавчий підхід зумовлений потребами захистити інтереси більш слабкої, уразливої сторони договору. В договорі ренти такою стороною безперечно є одержувач ренти, а в договорі довічного утримання – відчужувач. Адже передання майна у власність іншій особі (відповідно платнику ренти та набувачу) не єдина, взаємопогоджена мета договорів. Сторона передає майно, але з метою одержувати рентні платежі чи утримання. І ця мета не досягається одномоментно, а буде реалізовуватися впродовж тривалого проміжку часу. Тому, передавши майно вже, сторона ще не певна, що отримає взамін, чи буде досягнута її мета за договором.

Норми статті 640 ЦКУ встановлюють загальні правила про момент укладення договору. Загальне правило статті 638 ЦКУ передбачає, що договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. У частині другій статті 640 ЦКУ зазначено: якщо відповідно до актів цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії (саме про таке зазначено у нормах статей 731 та 744 ЦКУ). А договір, який підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, є укладеним з моменту нотаріального посвідчення або державної реєстрації. а в разі необхідності і нотаріального посвідчення, і державної реєстрації (договір ренти, за яким передається нерухоме майно, аналогічно і договір довічного утримання) – з моменту державної реєстрації. За такого законодавчого підходу всі договори, що підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації є консенсуальними. Але такий підхід позбавлений логіки. Якщо на підтвердження факту укладення договору майно передається за договорами, що не підлягають нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації, то такі договори є реальними. Якщо ж є пряма вказіівка про необхідність нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації – договір може бути лише консенсуальним. Але ж характер договору не може ставитися в залежність від його форми.

Окрім цього, норми статей 640, 334 ЦКУ є нормами загальної дії і застосовуються, якщо інше не встановлено спеціальними нормами. Нормативна вказівка у дефініціях договору ренти і довічного утримання на „передає", а не „зобов'язується передати" і є тим спеціальним правилом, яке підлягає застосуванню. Навіть після нотаріального посвідчення та державної реєстрації договору без передання майна не можна стверджувати, що договір є укладеним і відповідно спонукати одержувача ренти чи відчужувача за договором довічного утримання до такого передання. Адже законодавець в імперативній формі визначає – одержувач ренти, відчужувач „передає".

Наукова дискусія щодо природи договору ренти все ж зумовлена відсутністю чітких законодавчих положень. Бажаючи надати, наприклад, договору дарування консенсуального чи реального характеру, законодавець у його дефініції вказує – дарувальник „передає" або „зобов'язується передати". Тобто, словесна форма є виразом характеру договору. Якщо „передає" – договір реальний, якщо „зобов'язується передати" – договір консенсуальний. Характер договору дарування розмежовується з допомогою цих словесних конструкцій. В дефініції договору позики, наприклад, який завжди відносився до традиційно реальних договорів – стаття 1046 ЦКУ – прямо зазначено, що договір позики є укладеним з моменту передання грошей або інших речей, визначених родовими ознаками. Застосувавши до договору ренти, довічного утримання словесну форму „передає", законодавець не надав їй логічної завершеності, чим і породив різні тлумачення характеристики цього договору. Прирівнювати ж передання майна до нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації договору чи припускати, що в момент нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації договору відбулося передання майна теж немає підстав, оскільки у статті 334 ЦКУ чітко визначено, що саме прирівнюється до передання майна. Тому повна ясність щодо характеристики договорів ренти та довічного утримання може бути досягнута шляхом доповнення :

1) статті 626 ЦКУ законодавчим визначенням консенсуального та реального договору:

- — консенсуальним є договір, який вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторін з істотних умов договору у формі, визначеній законом чи домовленістю сторін;
- — реальним є договір, який вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторін з істотних умов договору у формі, визначеній законом чи домовленістю сторін та передання майна, вчинення іншої дії. Передання майна, вчинення іншої дії здійснюється в порядку і в строки, погоджені сторонами;
- — і прямим зазначенням про реальний характер договору ренти, довічного утримання та інших договорів. які визначаються словесною формою „передає" або ж;

2) доповненням відповідних глав, присвячених правовому регулюванню реальних договорів, в тому числі ренти та довічного утримання, спеціальними нормами про момент їх укладення:

- — договір (конкретно який) є укладеним з моменту досягнення згоди сторін з усіх істотних умов договору у формі, визначеній законом або домовленістю сторін та передання майна. Більш ефективним є 1-ий варіант.

Більшість цивільних договорів є консенсуальними. Консенсуальна природа договору є більш логічною, зручнішою, навіть, в контексті визначення самого договору як домовленості сторін. Конструкція реального договору менш поширена, образно кажучи, більш громіздка, але тим не менше від неї не слід відмовлятися. Ті малочисельні випадки реальних конструкцій договорів є необхідними для балансу інтересів сторін договору, вирівнювання їх статусу. Інтереси більш „слабкої" сторони в договорі (ризикує більше, втрачає зараз більше, точно не знаючи, що здобуде) захищаються повніше з допомогою конструкції реального договору. Саме ця слабка сторона повинна остаточно вирішити передає вона своє майно чи ні, а не законодавець повинен її до цього спонукати. Усвідомлюючи можливість контраргументів, що за пропонованого підходу применшується значення нотаріального посвідчення чи державної реєстрації договору, оскільки він ще не укладений, бо не відбулося передання майна, варто відзначити: 1) реальний договір в цивільному праві – це скоріш виняток із загального правила; 2) інтереси особи мають мати безумовний пріоритет над формальними процедурами, навіть якщо такі встановлюються для забезпечення таких інтересів; 3) нотаріальне посвідчення та державна реєстрація, окрім інших функцій, є публічним засвідченням наміру сторін, тільки наміру. Тому їх значення аж ніяк не применшується, якщо, окрім формальних процедур, намір має бути підтверджений ще й реальною дією за рахунок передання власного майна чи інших особистих зусиль. Ні нотаріальне посвідчення, ні державна реєстрація не є гарантією виконання взятих на себе зобов'язань.

На даний час, враховуючи судову практику вирішення спорів з договорів довічного утримання, коли рішенням суду за позовом набувача відчужувач зобов'язувався передати майно на підставі нотаріально посвідченого договору довічного утримання, не важко спрогнозувати ситуації, коли суд буде діяти аналогічно і при розгляді спорів з договору ренти. Керуючись нормами статей 640 та 334 ЦКУ у випадку спору щодо передання майна суд зобов'язуватиме одержувача ренти до його передання платнику, виходячи з консенсуального характеру договору ренти. Суди, за відсутності прямих законодавчих застережень щодо реального характеру договорів ренти та довічного утримання, будуть розцінювати ці договори як консенсуальні і не стануть звертати увагу на словесну форму „передає", а не „зобов'язується передати". В практиці застосування законодавства, особливо в судовій практиці. завжди легше мати справу з формальними процедурами. а ніж з оцінкою реальних життєвих обставин. Тому і пов'язувати момент укладення договору та момент набуття права власності з фактом нотаріального посвідчення чи державної реєстрації договору набагато простіше, зручніше. ніж встановлювати факт: відбулося передання майна реально чи ні. Але для повного забезпечення інтересів сторінпрактика укладення договорів має бути більш гнучкою. Адже і нотаріальна, і адвокатська практика виробила стандартні форми договорів, які пропонуються сторонам іноді без врахування конкретних і складних життєвих ситуацій.

Тому з метою захистити інтереси більш слабкої сторони в ризикових договорах ренти та довічного утримання має бути збережений і підсилений реальний характер цих договорів. Така потреба зумовлена і особливим довірчим характером відносин сторін, їх специфікою, яка має морально-етичні аспекти. Правда, за такого підходу можлива й інша небезпека: набувач за договором не

має наміру вселятися в житло відчужувача. Адже довірчий характер з його сторони в цьому договорі теж має місце, ризиковий характер договір має і для нього. Набувач виконує свої обов'язки за договором і згодом, маючи потребу в такому майні, набувач хоче вселитися, а відчужувач чинить перешкоди. Але і в таких ситуаціях реальна конструкція договору не порушується. Платник ренти приступив до виконання своїх зобов'язань, а одержувач приймає таке виконання, оскільки сторони взаємно вважають, що договір укладено і передання майна відбулося без фізичного його вручення. Тому інтереси платника підлягають захисту.

Разом з тим платник ренти має усвідомлювати реальний характер договору і чітко усвідомлювати, що договір є укладеним з моменту нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації і передання майна у власність під виплату ренти. Тому на законодавчому рівні доцільно було б передбачити, що при нотаріальному посвідченні договору чи при його державній реєстрації сторони взаємно погоджуються, що передання майна відбулося або відбудеться в обумовлених ними порядку та строки. Це особливо актуально, якщо за договором передається нерухоме майно.

Аналізовані законодавчі підходи та практика застосування свідчать про існування проблеми неузгодженості моментів нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації договору з моментом передання майна. А в контексті аналізу норм статті 334 ЦКУ – проблеми неузгодженості моментів набуття права власності і передання майна за договорами, які підлягають нотаріальному посвідчення та/або державній реєстрації. Законодавча невизначеність цих моментів особливо впливає на чіткість взаємовідносин сторін з договорів, які конструюються як реальні. І ця проблема є актуальною не тільки для досліджуваних договірних конструкцій.

Принцип свободи договору надає можливість сторонам самим визначати характер договору, що ними укладається. Суб'єкти цивільних відносин мають активніше використовувати індивідуальне правове регулювання своїх відносин з допомогою договору.

ЗАКОН УКРАЇНИ „ПРО ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГІЙ": ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ З ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Якубівський І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасний стан розвитку законодавства України характеризується помітним розширенням сфери законодавчого регулювання суспільних відносин, що проявляється у прийнятті значної кількості законів, які регулюють все нові і нові ділянки суспільного життя, вводячи у законодавчу лексику невідомі до цієї пори поняття. Сказане повною мірою стосується прийнятого 14 вересня 2006 року Закону України „Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій" (далі – Закон). У зв'язку із цим хотілось би висловити деякі міркування стосовно змісту зазначеного Закону.

Насамперед, звертає на себе увагу вжите у назві і далі по тексту Закону поняття „трансфер технологій". Варто зазначити, що дане поняття в останні роки одержало поширення в економічній літературі. Проте для національного законодавства воно є новим, у зв'язку з чим постає питання щодо його змісту та доцільності запровадження у законодавчу термінологію. Для цього слід проаналізувати закріплені у ст.1 Закону визначення:

- технологія – результат інтелектуальної діяльності, сукупність систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг;
- об'єкт технології – наукові та науково-технічні результати, об'єкти права інтелектуальної власності (зокрема, винаходи, корисні моделі, твори наукового, технічного характеру, комп'ютерні програми, комерційні таємниці, ноу-хау або їх сукупність), в яких відображено перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції;
- трансфер технології – передача технології, що оформляється шляхом укладення двостороннього або багатостороннього договору між фізичними та/або юридичними особами, яким установлюються, змінюються або припиняються майнові права і обов'язки щодо технології та/або її складових.

У зв'язку із цим виникає ціла низка питань і зауважень.

По-перше, розмежовуючи категорії „технологія" і „об'єкт технології", законодавець закріплює поняття „трансфер технології", під яким розуміє передачу саме технології. Відповідно, постає питання щодо доцільності окремого виділення в Законі категорій „технологія" і „об'єкт технології".

По-друге, визначення поняття „технологія" не дає чіткого уявлення про те, до якого виду об'єктів цивільних прав вона належить. Вказівка на те, що технологія є результатом інтелектуальної діяльності вказує на певну

© Якубівський І., 2008

спорідненість її з об'єктами права інтелектуальної власності. Проте серед об'єктів права інтелектуальної власності, передбачених Книгою 4 Цивільного кодексу України та спеціальними законами у сфері інтелектуальної власності такого об'єкта, як технологія, не передбачено.

Власне, у наведеній вище дефініції поняття „об'єкт технолгії" йде мова про об'єкти інтелектуальної власності і навіть наводиться невичерпний перелік таких об'єктів – винаходи, корисні моделі, твори наукового, технічного характеру, комп'ютерні програми, комерційні таємниці, ноу-хау або їх сукупність. Проте з точки зору законодавства про інтелектуальну власність, технологія як певний процес може бути об'єктом лише винаходів, корисних моделей та комерційної таємниці. Що стосується творів наукового, технічного характеру, комп'ютерних програм, то вони є об'єктами авторського права. А авторсько-правова охорона, як відомо, поширюється тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі (ч.3 ст.433 Цивільного кодексу України, ст.8 ЗУ „Про авторське право і суміжні права").

Окремо слід зупинитись на тому, що у визначенні об'єкта технології серед об'єктів інтелектуальної власності Закон називає поряд із комерційною таємницею ноу-хау. Така позиція викликає сумніви щодо її правильності з огляду на те, що об'єктами права інтелектуальної власності, відповідно до ст.418 Цивільного кодексу України, є лише ті об'єкти, які визначені Цивільним кодексом України та іншим законом. У Цивільному кодексі України в Книзі 4 немає згадки про такий об'єкт, як ноу-хау. Тим більше, немає спеціального закону про право інтелектуальної власності на ноу-хау. Тобто в світлі чинного цивільного законодавства України ноу-хау, взагалі, не визнається окремим об'єктом права інтелектуальної власності. Натомість, Цивільний кодекс України визначає об'єктом права інтелектуальної власності комерційну таємницю. При цьому звертає на себе увагу та обставина, що визначення поняття ноу-хау у Законі досить схоже із визначенням комерційної таємниці в ст.505 Цивільного кодексу України.

Не можна також визнати вдалим з точки зору цивільно-правового регулювання як сам термін „трансфер технологій", так і його визначення. Слово „трансфер" походить від англ. transfer, що в перекладі означає відступлення, передачу майна, прав тощо (Англо-русский словарь: 53000 слов. – М., 1981. – С.781). Постає питання про доцільність заміни зрозумілого українського терміна „передання" його англійським відповідником. Яких-небудь вагомих підстав для цього, як на мене, немає. Тим більше, що Цивільний кодекс України послідовно вживає саме термін „передання", а не „трансфер".

З визначення поняття „трансфер технології" випливає, що в даному випадку йдеться про „передачу технології". Але технологія, принаймні в розумінні Закону, є нематеріальним об'єктом, який, взагалі, неможливо фізично передати від одної особи до іншої. У цьому відношенні слід враховувати, що коли йдеться про об'єкти права інтелектуальної власності (в тому числі, винаходи, корисні моделі, комерційну таємницю), то Цивільний кодекс України послідовно притримується тої позиції, що самі по собі ці об'єкти не можуть бути передані однією особою іншій – в таких випадках передаються майнові права на відповідні об'єкти права

інтелектуальної власності. Про це чітко сказано у ч.3 ст.424 Цивільного кодексу України: майнові права інтелектуальної власності (розрядка моя – І.Я.) можуть відповідно до закону бути вкладом до статутного капіталу юридичної особи, предметом договору застави та інших зобов'язань, а також використовуватись в інших цивільних відносинах. Відповідно, якщо йдеться про відповідні договори, то за ними можуть передаватися майнові права інтелектуальної власності а не самі результати інтелектуальної, творчої діяльності.

Згідно із Законом, трансфер технології здійснюється на підставі відповідного договору. Варто зазначити, що в Законі є окремий розділ IV, присвячений договорам про трансфер технологій. Аналіз положень, вміщених у цьому розділі Закону теж дозволяє виявити суттєві розходження з цивільним законодавством.

Так, у ст.16 Закону закріплено перелік істотних умов договору про трансфер технології. Даний перелік вражає як кількістю умов, які Закон визначає як істотні, так і їх змістом. Істотних умов договору про трансфер технології Закон називає аж 18 (!). Закріплюючи такий обширний перелік істотних умов договору про трансфер технологій, законодавець не врахував правове значення істотних умов договору – лише з досягненням згоди з усіх цих умов договір буде укладеним (ст.638 Цивільного кодексу України). Тому зміст ст.16 Закону є істотним обмеженням принципу свободи договору. Те ж саме можна сказати і про ст.18 Закону, яка називається „Обмеження щодо укладення договорів про трансфер технологій". У даній статті закону передбачено 9 обмежень, окремі з яких є явно необґрунтованими. Наприклад, важко зрозуміти, чому Закон, ігноруючи принцип свободи договору, забороняє укладення договорів про трансфер технологій, які передбачають здійснення виплат, що значно перевищують ціну технології та її складових. І це далеко не єдиний такий приклад.

Закріплення у Законі поняття „договір про трансфер технології" зумовлює необхідність з'ясування місця такого договору в системі цивільно-правових договорів. Враховуючи, що технологія є поняттям, яке значною мірою тяжіє до об'єктів права інтелектуальної власності, постає питання про співвідношення договору про трансфер технологій з ліцензійним договором та іншими договорами щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності, врегульованими в рамках Глави 75 Цивільного кодексу України. З одного боку, у закріпленому ст.16 Закону переліку істотних умов договору про трансфер технології фігурує така умова, як ліцензія та її умови на використання технологій та їх складових. Однак, у переліку видів договорів про трансфер технології, передбаченому у ст.17 Закону, про ліцензійний договір, взагалі, не згадується. Натомість, у цьому переліку є договори, які, м'яко кажучи, мають дуже віддалене відношення до результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Йдеться, зокрема, про договори поставки, оренди, лізингу. Так, до договорів про трансфер технології Закон відносить „договір про поставку промислової технології". Але ж договір поставки, будучи різновидом купівлі-продажу, є договором, спрямованим на оплатне передання майна у власність. Тому, відповідно до ст.266 Господарського кодексу України, предметом поставки є визначені родовими ознаками продукція, вироби з найменуванням, зазначеним у стандартах, технічних умовах, документації до зразків (еталонів), прейскурантах чи

товарознавчих довідниках. Предметом поставки можуть бути також продукція, вироби, визначені індивідуальними ознаками. Проте предметом поставки в жодному разі не може бути „промислова технологія”. Не можна відносити до договорів про трансфер технології також договори оренди та лізингу. Останні є договорами, спрямованими на передання майна в тимчасове користування. Технологія предметом таких договорів бути не може.

У Преамбулі Закону зазначено, що він спрямований на забезпечення ефективного використання науково-технічного та інтелектуального потенціалу України, технологічності виробництва продукції, охорони майнових прав на вітчизняні технології на території держав, де планується або здійснюється їх використання, розширення міжнародного науково-технічного співробітництва у цій сфері. Виходячи із такої високої мети, задля якої був прийнятий Закон, доцільність у ньому є. Проте проведений вище аналіз окремих положень Закону дозволяє констатувати, що по багатьох питаннях Закон суперечить загальним положенням цивільного законодавства. Причому така невідповідність може негативно відобразитись у правозастосуванні. Тому очевидною є нагальна необхідність в істотному доопрацюванні Закону з метою приведення його у відповідність до Цивільного кодексу України та інших актів цивільного законодавства. Думається, що наведені вище міркування сприятимуть цьому.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

ДО ПОНЯТТЯ ЗАХИСНОЇ ФУНКЦІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА

Бурак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під функціями права в теорії права прийнято розуміти основні напрями впливу правових норм на суспільні відносини з метою їх упорядкування і регулювання на основних (магістральних) напрямках даного впливу, де виявляється соціальне призначення і службова роль права. В теорії права спеціально-соціальними функціями права визначають регулятивну, охоронну і закріплюючу.

Традиційно в трудовому праві виділяють виробничу функцію (захист прав роботодавця) і захисну функцію (захист прав та інтересів працівників). Захисна функція трудового права є складовою частиною більш широкої його функції, а саме соціальної, оскільки трудове право поєднує в собі риси публічного і приватного права, у зв'язку з чим його характеризують як соціальне право.

Поняття захисної функції трудового права можна визначити сформулювавши цілі правового впливу певної чітко визначеної групи норм трудового права – захисних. Головна мета захисних норм – забезпечити ефективність дії норм, які направлені на регулювання відносин, що складають предмет трудового права. Ряд проблем, що існують в даний час стосуються ефективності правового захисту працівників в умовах ринкових відносин. Серед основних проблем можна назвати невизначеність правової регламентації, хитрощі підприємців, неефективність санкцій. Однак велика частина названих проблем лежить поза сферою правового впливу.

Характерними ознаками захисної функції трудового права є те, що, по-перше, вона характеризує право як особливий спосіб впливу на поведінку людей, що виражається у впливі на їх волю загрозою санкцій, встановленням заборон і реалізацією юридичної відповідальності та інших заходів правового впливу. По-друге, вона є інформатором для суб'єктів суспільних відносин про те, які соціальні цінності взяті під охорону державою за допомогою правових приписів, та за допомогою яких засобів ці відносини охороняються. По-третє, вона є показником політичного і культурного рівня суспільства, гуманізму права.

Виокремлення самостійної захисної функції трудового права обумовлено наступними факторами:

1. трудове право зачіпає інтереси не тільки конкретного працівника і роботодавця, але фактично всіх членів суспільства;
2. основним суб'єктом трудових правовідносин є найманий працівник, який є економічно і організаційно залежним від роботодавця;
3. попередження соціальних конфліктів за допомогою системи соціального партнерства.

© Бурак В., 2008

Отже, захисну функцію трудового права можна розглядати як основний напрям правового впливу, спрямований на впорядкування і регулювання трудових правовідносин, з метою забезпечення гарантії здійснення прав і виконання обов'язків суб'єктами трудових правовідносин.

У захисній функції трудового права проявляється поєднання засад публічного і приватного права, враховуються принципи соціальної співпраці, підтримки соціального миру, захисту працівника від свавілля роботодавця.

Захисну функцію трудового права необхідно відрізняти від охоронної його функції. Видається, що охоронна функція трудового права проявляється як попереджувальна (превентивна), а захисна здійснюється у зв'язку з порушенням, або можливим порушенням трудових прав працівників.

Захисна функція властива трудовому праву, витікає з його природи. Вона здійснюється у тій мірі, в якій норми трудового права забезпечують створення здорових умов праці, охорону прав та інтересів працівників у сфері трудових відносин. На підставі цього, у рамках загальної захисної функції трудового права слід виділяти такі підфункції: запобіжна; компенсаційна; каральна. Захисні засоби, закріплені у нормах трудового права, є "елементарними частинками" захисних підсистем галузі і служать здійсненню загальної захисної функції. Захисними засобами запобіжної підфункції є заборони і санкції. Захисними засобами компенсаційної підфункції є заходи захисту, матеріальна відповідальність працівника і матеріальна відповідальність роботодавця. На нашу думку, компенсаційна функція трудового права безпосередньо пов'язана із захистом, і не тільки тому, що одним із головних способів її реалізації є матеріальна відповідальність сторін трудових правовідносин, але й тому, що вона дає змогу запобігати порушенням законних прав і законних інтересів суб'єктів трудового права. Захисними засобами каральної функції дисциплінарна відповідальність працівників.

При характеристиці захисної функції трудового права в основному розглядають захисну роль профспілок. Однак пропонується дещо інший погляд на вказану проблему.

У захисній функції трудового права можна виділити матеріальний та процесуальний аспекти.

Матеріальний аспект трудової функції полягає в основному в діяльності суб'єктів соціального партнерства на будь–якому організаційному рівні, яка спрямована на попередження порушення трудових та соціально–економічних прав працівників, їх захист та відновлення. Вона об'єднує правові і неправові засоби захисту трудових прав та соціально–економічних інтересів найманих працівників.

Можна виділити наступні організаційно–правові форми реалізації захисної функції суб'єктами соціального партнерства: участь їх у відносинах по встановленню умов праці на підприємствах; у застосуванні встановлених умов праці на підприємстві, у вирішенні трудових спорів, і здійснення громадського контролю за дотриманням законодавства про працю. Соціальні партнери здійснюють свою взаємодію у наступних формах: проведення колективних переговорів та консультацій, укладення колективних договорів та угод, застосування примирних процедур при вирішенні колективних трудових спорів, а також різні форм участі працівників в управлінні підприємством.

Процесуальний аспект захисної функції проявляється у наявності різних правових форм захисту порушених прав та законних інтересів працівників. Сюди необхідно віднести різні юрисдикційні та не юрисдикційні форми захисту. У різних правових формах застосовуються передбачені законодавством матеріально-правові способи захисту порушеного права.

Серед юрисдикційних необхідно виділити судову та адміністративну форми.

Серед неюрисдикційних можна виділити примирні процедури, посередництво, самозахист.

Важлива роль у реалізації захисної функції трудового права належить профспілкам, оскільки вони у відповідності із Конституцією України і законодавством покликані здійснювати захист трудових і соціально-економічних прав та інтересів працівників.

Аналіз форм захисту, які застосовуються у трудовому праві свідчить про те, що всі вони спрямовані на захист і відновлення суб'єктивних прав, а у ряді випадків – на припинення незаконних дій. Захисна функція дозволяє компенсувати працівникові шкоду, яка йому заподіяна при порушенні трудових прав та законних інтересів. Застосування таких заходів сприяє реалізації захисної функції трудового права. Проте, проблема заходів захисту у трудовому праві потребує законодавчого закріплення.

ПРАВО НА ПРАЦЮ ЧИ ПРАВО НА ЗАЙНЯТІСТЬ: ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ.

Грицишина Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України, проголосивши в ст.1 Україну суверенною і незалежною, демократичною, соціальною та правовою державою, в ІІ Розділі закріплює цілий ряд прав та свобод людини та громадянина в Україні. Якісно по-новому закріплене в Конституції і одне з основних та первинних соціально-економічних прав громадян – права на працю.

Згідно ст.43 Конституції України проголошує: «Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується…»

З такого формулювання вказаної правової норми вбачається, що законодавцем зроблено акцент швидше на праці як основі творчого розвитку людини, а не на праці як основі добробуту, рівня життя. При цьому, характерною ознакою вказаної норми є відсутність жодних гарантій з боку держави щодо реалізації та захисту проголошеного права на працю, в зв'язку з чим складається враження, що проголошення в ст.43 Конституції України права на працю має, скоріше, політичний, а не правовий підтекст, оскільки навряд чи варто вдаватися до проголошення в Конституції України права, яке держава не може забезпечити на відповідному рівні. Це є ознакою недосконалості конституційного механізму проголошення прав, які з огляду на їхній характер не можуть бути проголошені взагалі. Зрештою й сама редакція ст.43 Конституції України викладена так, що про право на працю у його традиційному розумінні у ній фактично не йдеться.

Однак, юридичне декларування прав та свобод громадян ще не є ознакою правопорядку в суспільстві, тому основним завданням нашої держави в сучасний період переходу до ринкової економіки є створення ефективного механізму забезпечення їх реалізації та захисту. Для забезпечення реалізації права громадян на працю у державі створена ціла система спеціальних державних органів.

Але, оскільки в ст. 43 Конституції чітко не розкрито змісту права на працю, то й система створених державою органів не в змозі забезпечити реалізацію саме права на працю, оскільки найбільше, що вона може гарантувати в умовах ринкової економіки це забезпечення реалізації, так званого права на зайнятість.

Спробуємо дати правовий аналіз таких юридичних понять «право на працю» та «право на зайнятість».

На початку 90-х років, коли розпочався процес приватизації і роздержавлення, в результаті чого частина підприємств перейшла до приватного сектору, трудові правовідносини в цих умовах суттєво змінилось і потребували ефективного правового врегулювання. На ринок праці істотно почало впливати безробіття. Це явище не було притаманне нашій економіці протягом десятиліть. Однак з переходом до ринкової економіки ситуація змінилась. В цих умовах було прийнято Закон України "Про зайнятість населення". Даним законом передбачено ряд юридичних гарантій щодо зайнятості громадян, а також

© Грицишина Л., 2008

визначено правовий статус державної служби зайнятості, її повноваження та місце в системі органів, очолюваних Міністерством праці та соціальної політики України, що стало важливими організаційними гарантіями по забезпеченню здійснення громадянами свого права на працю.

Як вбачається з аналізу змісту ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення» із змінами та доповненнями, зайнятість – це діяльність громадян, пов'язана із задоволенням особистих та суспільних потреб і така, що, як правило, приносить їм доход у грошовій або іншій формі.

На думку, Т.Г. Маркіної («Право громадян на зайнятість та форми його реалізації в умовах становлення ринкової економіки» , Автореферат. Харків – 2000, с. 6-7), «право на зайнятість» є ширшим ніж «право на працю». Такий висновок, Т.Маркіна робить виходячи з того, що праця завжди повинна носити суспільно-корисний характер, а зайнятість, на її думку, є природним станом людини, який не завжди означає, що вона зайнята суспільно-корисною працею.

Видається, що не можна однозначно говорити про те, яке з цих понять є ширшим, оскільки виходячи із змісту конституційного права на працю, можна вказати, що головним його принципом є принцип свободі праці, що включає в себе можливість особи взагалі не працювати, однак, залишає поза змістом даного права, працю громадян за цивільно-правовим договором, творчу працю художників, композиторів, а також підприємницьку діяльність. В той час «право на зайнятість» включає в себе всі вище перераховані види діяльності, які є формами зайнятості, але відкидає можливість не працювати взагалі (так зване «право на незайнятість»).

Крім того, з визначення даного в ст.1 Закону вбачається, що зайнятість – це діяльність лише самих громадян. Тоді як же назвати діяльність створених державою органів чи діяльність роботодавця по створенню робочих місць та підготовці чи перепідготовці персоналу? Така діяльність буде знаходитися поза поняттям зайнятість, що в свою чергу може призвести до недосконалості її правового регулювання.

З огляду на вищезазначене, видається необхідним розширити зміст ст.1 Закону України «Про зайнятість населення», вказавши, що зайнятість – це діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, роботодавців та самих громадян, спрямована на задоволення особистих та суспільних потреб громадян та роботодавців в сфері працевлаштування.

Отже, право на працю і право на зайнятість – хоч і взаємопов’язані між собою категорії, проте відмінні за своїм змістом і характерними особливостями.

Однак, саме право на зайнятість як право на державну допомогу в одержанні роботи або необхідної професійної підготовки для цього, сприяє реалізації громадянами свого права на працю (у ряді випадків – спочатку права на освіту) і в цьому значенні носить щодо останнього підпорядкований характер.

Незважаючи на те, що поняття «право на працю» та «право на зайнятість» не є однозначними, в ст. 13 Закону України «Про зайнятість населення», яка названа «Регулювання зайнятості» законодавець підміняє дані терміни і вказує перелік заходів, спрямованих на створення умов для повного здійснення громадянами саме права на працю.

З вищезазначеного можна зробити висновок, що „право на працю” та „право на зайнятість” є складними взаємопов’язаними та взаємодоповнюючими, але не тотожними юридичними поняттями. Якщо, закріплення в чинному законодавстві саме „права на працю” викликане, насамперед, слідуванням міжнародним стандартам, то забезпечення державою через спеціально створені органи права на зайнятість, зумовлене недосконалістю нормативного закріплення права на працю, його надто широким змістом, а також принципом свободи праці, який є визначальним в умовах ринкової економіки.

Вирішення проблеми нормативного закріплення „права на працю” чи „права на зайнятість” можливе шляхом конкретизації в Конституції України змісту права на працю та встановлення на конституційному рівні гарантій його реалізації та захисту, що б поєднало ознаки обох вказаних понять.

СИСТЕМАТИЗАЦІЯ НОРМ, ЩО ЗАКРІПЛЮЮТЬ ОСОБЛИВОСТІ УМОВ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ ЗАЛЕЖНО ВІД ГАЛУЗІ ГОСПОДАРСТВА

Жолнович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Систему трудового права утворюють норми, які регулюють відносини, що належать до предмета цієї галузі. Такі відносини є неоднорідним, а тому правові норми, що їх регулюють також різні за своєю природою. Саме ця обставина характеризує трудове право як багаторівневу, ієрархічну систему, з відповідною складною структурою. В основу цієї системи покладено особливості предмета трудового права. З поміж інших особливостей не остання роль відводиться принципам трудового права, зокрема принципу єдності та диференціації регулювання трудових відносин.

Для трудового права характерним є поєднання норм, що мають загальну сферу дії, і норм, чинність яких обмежена певним колом осіб чи відносин. У цьому полягає зміст принципу єдності та диференціації, який поряд з предметом правового регулювання можна вважати системоутворюючим фактором.

Враховуючи те, що диференціація у трудовому праві може зумовлюватися як об'єктивними, так і суб'єктивними причинами, спеціальні норми, які закріплюють особливості праці залежно від цих причин доцільно згрупувати в окрему підсистему.

До числа об'єктивних підстав диференціації в юридичній літературі відносять умови праці в окремих галузях господарства. Такий вид диференціації називається галузевою диференціацією.

Проблема галузевої диференціації має важливе значення при підготовці та прийнятті нормативних актів, що регулюють працю окремих категорій працівників, а також при проведенні кодифікації й систематизації чинного законодавства, оскільки в процесі цієї роботи можна оцінити галузевий нормативний матеріал з погляду доцільності існування тих чи інших норм.

Сутність галузевої диференціації полягає в конкретизації загального трудового права стосовно кожної галузі народного господарства, виходячи з умов праці й характеру виконуваних у ній робіт, у виданні на його основі норм, спеціально призначених для регулювання трудових відносин з урахуванням цих специфічних умов.

Диференціація за умовами праці присутня у трудовому законодавстві багатьох країн. Так, у Трудовому кодексі Киргизії спеціальними нормами регулюються трудові відносини близько 20 різноманітних категорій працівників. Здійснюють спеціальне регулювання умов праці в окремих галузях господарювання і у Франції, Польщі, Узбекистані, Росії та ін. країнах.

В Україні спеціальними нормами врегульовані трудові відносини на підприємствах з важкими, шкідливими та небезпечними умовами праці, на підприємствах транспорту, сільського виробництва, добувної промисловості. Особливі умови праці передбачені для державних службовців, науковців і

© Жолнович О., 2008

педагогічних працівників, лікарів, сезонних та тимчасових працівників, а також надомників. Норми, які визначають особливості праці цих категорій працівників, об'єднуються в окремі правові інститути у спеціальній підсистемі трудового права.

Перший інститут складають норми, що регулюють особливості праці у важких, шкідливих та небезпечних умовах праці. Так, згідно з законом „Про охорону праці" роботодавець, під час укладення трудового договору повинен проінформувати працівника під розписку про умови праці та про наявність на його робочому місці небезпечних і шкідливих виробничих факторів, які ще не усунуто, можливі наслідки їх впливу на здоров'я та про права працівника на пільги і компенсації за роботу в таких умовах. Крім цього, до виконання робіт підвищеної небезпеки, та тих, що потребують професійного добору, допускаються особи за наявності висновку психофізіологічної експертизи.

До пільг і компенсацій, які надаються працівникам за роботу з шкідливими та небезпечними умовами, належать безоплатне забезпечення молоком або рівноцінними продуктами, лікувально-профілактичним харчуванням, газованою солоною водою. Також працівники мають право на оплачувані перерви санітарно-оздоровчого характеру (вантажники, ті, що працюють в холодну пору року на відкритому повітрі або в неопалювальному приміщенні, з ПЕОМ, стоячи та ін.), скорочений робочий час, додаткову оплачувану відпустку, оплату праці у підвищеному розмірі, пільгову пенсію та інші пільги, передбачені законодавством.

Певну специфіку мають норми, які регулюють трудові відносини на транспорті. Вони містяться в чисельних нормативних актах. Згідно з Законом України від 10.11.1994 р. „Про транспорт" (ст..17) трудові відносини, соціальний захист і дисципліна працівників транспорту регулюється КЗпП України, іншими законодавчими актами України та статутами (положеннями) про дисципліну працівників окремих видів транспорту, що затверджуються КМУ за погодженням з відповідними профспілками. Підвищена небезпека для навколишнього середовища і самих працівників зумовлює необхідність визначення специфічних правил поведінки, встановлення вищих вимог до виконання трудових обов'язків, а також більшої відповідальності для працівників транспорту.

Окремий інститут серед тих, що закріплюють галузеві особливості, утворюють норми, які здійснюють регулювання праці державних службовців. Навколо цієї категорії працівників точаться чисельні дискусії у науковій літературі, захищені ряд кандидатських і докторська дисертації. Аналіз різноманітних поглядів науковців стосовно місця норм у системі права, які здійснюють правове регулювання трудових відносин державних службовців переконує, що немає достатніх підстав вважати ці норми адміністративно-правовими. Відносини, що виникають між державним службовцем і відповідним органом у якому він працює з приводу умов праці мають трудоправову природу і належать до предмета трудового права. Тому, видається, що норми, які регламентують ці відносини також є трудовими. А специфіка, якою вони наділені свідчить, як переконливо аргументує В.Процевський, про закономірності розподілу законодавства на загальне і спеціальне.

Не менш важливе значення має праця педагогічних, наукових і науково-педагогічних працівників. Особливість їхньої трудової функції полягає у постійній творчості, пошуку нових ідей, акумуляції та передачі знань учням. У зв'язку з тим, що дана категорія працівників покликана виховувати та формувати молоде покоління, науково-педагогічними працівниками можуть бути тільки

люди з високими моральними якостями, психологічною витримкою, викладацькими здібностями. Все це безумовно, передбачає закріплення у спеціальних нормах підвищених вимог до дисципліни праці та відповідальності, зумовлює необхідність скорочення робочого часу і подовження часу відпочинку, встановлення диференційованих підходів до оплати праці.

Трудові відносини педагогів, науковців і науково-педагогічних працівників регулюються чисельними нормами, які необхідно об'єднати в інститут спеціальної підсистеми. Можливо, саме таким чином, вдасться подолати різнобій у правовому регулюванні цих відносин. Існуючі на сьогодні спеціальні Закони України суперечливо, а часом і кардинально протилежно регламентують такі самі або подібні види трудових відносин.

Складовими спеціальної підсистеми, які можна вважати інститутами з галузевими особливостями, є норми, що здійснюють регулювання праці надомників, тимчасових і сезонних працівників. Праця цих категорій регулюється спеціальними нормативними актами, у яких закріплені особливості прийняття на роботу, оплати праці, надання відпусток та припинення трудової діяльності.

Коротко охарактеризувавши основні правові інститути, які здійснюють правову регламентацію трудових відносин з особливими умовами праці хочеться наголосити на тому, що галузева диференціація має важливе значення, оскільки дозволяє конкретизувати правове регулювання залежно від специфіки галузі виробництва. Крім того, вона забезпечує рівні умови праці стосовно працівників, які зайняті у нерівних виробничих умовах та виконують різні трудові функції, дозволяючи таким чином індивідуалізувати „рівну міру" стосовно нерівних суб'єктів, вирішувати на відповідних ділянках трудових відносин специфічні завдання, які виникають у процесі становлення правової соціальної держави.

Проте, необхідно відзначити, що диференціювати правове регулювання залежно від галузевих особливостей необхідно зважено і помірковано, щоб уникнути невиправданої розрізненості. Надмірне розширення кола суб'єктів, праця яких регламентуватиметься спеціальними нормами може в результаті привести до зворотного ефекту – обмеження трудових прав та інтересів працівників. Таким чином у спеціальну підсистему трудового права доцільно об'єднати тільки ті правові інститути, які покликані регулювати об'єктивно існуючу специфіку трудових відносин. Такими можна вважати, як видається, інститути, що регламентують працю у важких, шкідливих та небезпечних умовах, у гірничих підприємствах, на транспорті, державних службовців, педагогічних, наукових і науково-педагогічних працівників, надомників, тимчасових та сезонних працівників.

ТРУДОВА ФУНКЦІЯ НАУКОВО-ПЕДАГОГІЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ

Заболотна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вчення про трудову функцію науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів III та IV рівнів акредитації потребує нових підходів у зв'язку з реформуванням організації навчального процесу.

Трудова функція – одна із основних умов трудового договору, що визначається угодою його сторін. Вчення про трудову функцію відноситься до фундаментальних основ науки трудового права.

Визначеність трудової функції як один із найважливіших принципів трудового права дає уявлення про основні напрями діяльності працівників, за межі яких власник чи уповноважений ним орган не може виходити без їх згоди.

У трудовому законодавстві раніше не вживався термін трудова функція, але у науковій літературі фахівці застосовують це поняття як самостійну правову сутність. Ще у 1950 р. М.Александров зазначав, що громадянин, який вступає на роботу як робітник або службовець, зобов'язується виконувати певну трудову функцію у спільній колективній праці працюючих на даному підприємстві, в установі, організації, тобто працювати за певною робочою спеціальністю або на певній посаді.

З позиції трудового права трудова функція науково-педагогічних працівників є дуже складною правовою категорією. Актуальність і необхідність розроблення цієї проблеми зумовлена також відсутністю кваліфікаційного довідника професій науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів, у якому були б визначені обов'язки кожного науково-педагогічного працівника (завідувача кафедрою, професора, доцента, викладача тощо) та кваліфікаційні вимоги, яким має відповідати кожен з них.

Нашою метою є з'ясування визначення трудової функції науково-педагогічних працівників, її змісту та структури, особливостей планування та обліку навчального навантаження.

Трудова функція науково-педагогія них працівників відрізняється творчим характером, їх праця є розумовою і пов'язана з емоційним навантаженням.

Деякі автори, підкреслюючи специфічні особливості викладацької праці, називають її різновидом творчої інтелектуальної праці. Зазначені особливості зумовлені специфікою процесу навчання та виховання, є “технологією” викладацької праці.

Робочий час викладачів поділяється на дві частини: участь у навчальному процесі, тобто безпосереднє виконання педагогічної праці, та проведення наукових досліджень у позаурочний час.

Питання змісту трудової функції науково-педагогічних працівників досліджували А.Абрамова, Є.Войленко, В.Гейхман, О.Крапівін, але комплексні дослідження з цього питання відсутні.

© Заболотна Н., 2008

До структури трудової функції науково-педагогічних працівників входять такі види робіт: навчально-педагогічна, наукова, методична та організаційно- виховна.

Педагогічна праця здійснюється за заздалегідь складеним розкладом і підсумовується кожного семестру та в кінці навчального року. Для навчального навантаження планується певна кількість годин. Що стосується наукової праці як складової трудової функції науково-педагогічних працівників, то відведення часу на її виконання здійснюється за залишковим принципом.

Конкретні види робіт, які мають виконувати викладачі, та конкретизовані нормативи передбачені у наказі Міністерства освіти і науки України від 07.08.2002 р. “Про затвердження норм часу для планування і обліку навчальної роботи та переліків основних видів методичної, наукової й організаційної роботи педагогічних і науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів”. Відповідно до цього наказу визначено чотири основні види діяльності професорсько-викладацького складу вищих навчальних закладів: навчальна, методична, наукова й організаційна робота. При цьому кожен з основних видів викладацької праці включає конкретну, чітко визначену номенклатуру робіт, які треба виконувати в межах шестигодинного робочого часу. Законодавець встановлює конкретизовані нормативи навчального навантаження і переліки видів методичної, наукової й організаційної роботи.

Серед усіх компонентів трудової функції науково-педагогічних працівників найбільш важливим і трудомістким елементом є навчальна робота, що охоплює 31 найменування конкретних видів робіт, які визначаються структурою навчального плану. Основними видами навчальної роботи із студентами є: читання лекцій; проведення практичних, семінарських та лабораторних занять; проведення консультацій та індивідуальних занять; проведення заліків та екзаменів; керівництво і приймання індивідуальних завдань тощо. Найбільш складною, відповідальною та трудомісткою є лекційна робота. А тому при розподілі навчальних доручень завідувач кафедрою має право зменшувати педагогічне навантаження лекторам і збільшувати його тим, хто проводить практичні заняття. На особливу увагу заслуговує питання про час, який витрачається викладачами на підготовку до лекцій. На жаль, відповідно до існуючих нормативно-правових актів і конкретизованих нормативів цей час не планується у складі навчально-педагогічного навантаження. На нашу думку, необхідно встановити певні нормативи для підготовки лекцій з урахуванням їх складності та новизни.

Обов'язковою компонентою трудової функції науково-педагогічних працівників є методична робота, що тісно пов'язана з навчальною діяльністю викладачів і планується за видами робіт без норм часу.

Значне місце в діяльності науково-педагогічних працівників посідає науково-дослідна робота, яка відповідно до Закону України “Про вищу освіту” є невід'ємною складовою підготовки фахівців з повною вищою освітою за освітньо-кваліфікаційними рівнями бакалавра, спеціаліста, слухача магістратури та наукових кадрів вищої кваліфікації і здійснюється з метою інтеграції наукової та навчальної діяльності.

Основними формами наукової діяльності є фундаментальні та прикладні наукові дослідження.

Поширеною є думка, згідно з якою якщо науково-педагогічний працівник не виконує належним чином наукову роботу, то йому потрібно збільшити навчальне навантаження. На нашу думку, науково-дослідна робота є обов'язковим компонентом трудової функції науково-педагогічних працівників. А при невиконанні наукової роботи з неповажних причин може постати питання про звільнення науково-педагогічного працівника за невідповідністю займаній посаді (п. 2 ст. 40 КЗпП України).

Наступним елементом трудової функції науково-педагогічного працівника є організаційна робота: робота в науково-методичних комісіях Міністерства освіти і науки; робота в Державній акредитаційній комісії, експертних і фахових радах; робота в експертних комісіях ВАК; робота в спеціалізованих радах із захисту дисертацій; організація та проведення загальнодержавних наукових конференцій, симпозіумів, семінарів; виконання обов'язків заступника декана факультету тощо. Вона, як правило, виходить за межі шестигодинного робочого дня науково-педагогічних працівників і не включається в загальний обсяг навантаження.

Вважаємо, що всі види діяльності науково-педагогічних працівників повинні бути адекватно відображені в індивідуальних планах, а фактична зайнятість – враховуватися у звітах. На жаль, існує розрив між фактичною зайнятістю та обліком часу, що зараховується до навчального навантаження. Такий розрив пояснюється лише тим, що враховуються не всі види робіт. Це призводить до порушення режиму роботи, перевантаження та інших -пов'язаних із ним негативних наслідків.

Зважаючи на вище викладене, пропонуємо в норми часу для планування і обліку навчальної роботи та переліків основних видів методичної, наукової й організаційної роботи педагогічних і науково-педагогічннх працівників вищих навчальних закладів внести доповнення, а саме: включити в навчальну роботу підготовку до лекцій і відвести для цього 10 годин на підготовку кожної лекції; для виконання методичної роботи відводити певну кількість годин, наприклад, для підготовки тексту лекцій – не менше 50 годин, для підготовки методичних матеріалів до семінарських, практичних та лабораторних занять – не менше І00 годин на рік.

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ АКТІВ МОП ПРО ОХОРОНУ ПРАЦІ

Козак З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Одним з першочергових завдань МОП, що обумовлено її Статутом, є захист працівників від професійних захворювань та нещасних випадків на виробництві. З цією метою МОП розробляє міжнародні трудові норми, встановлює мінімальні трудові стандарти у сфері основних трудових прав людини.

Протягом багатьох десятиріч у рамках МОП напрацьовано значну кількість актів з охорони праці, що охоплюють широке коло питань. Масив актів МОП вимагає певної систематизації та класифікації, що є питанням досить складним і водночас динамічним. За основу класифікації можна взяти чинники як змістовного, так і формального характеру.

2. Змістовний поділ актів з хорони праці варто розпочати з функціональних напрямів діяльності МОП. Тому можна виділити акти, що приймаються в результаті діяльності МОП з :

- розробки міжнародних норм,
- контролю за дотриманням міжнародних норм,
- сприяння застосуванню міжнародних норм, технічної допомоги та співробітництва.

Як наслідок коло питань, що охоплюються, та форми актів МОП є різноманітними і багатогранними. Такі акти не лише встановлюють обов'язки для відповідних суб'єктів, але виступають в якості моделей для національного законодавства, інформаційно-довідкового матеріалу для працівників і роботодавців, їх представницьких організацій та об'єднань, індикатору, що відображає рівень міжнародного консенсусу з актуальних проблем у світі праці.

3. За обов'язковістю положень акти МОП з охорони праці можна поділити на дві основні групи:

1) акти, що встановлюють обов'язки для держав-учасниць МОП,

2) акти, що не встановлюють обов'язки для держав-учасниць МОП.

Вільно вступаючи до МОП, держава підтримує принципи і права, що закріплені у Статуті МОП і Філадельфійській декларації та підтвердженні у Декларації МОП основних принципів і прав у світі праці, та бере на себе зобов'язання добиватися усіх цілей і завдань МОП. Тому до першої групи належать засадничі акти, що визначають правовий статус МОП. Крім того до цієї групи входять ратифіковані конвенції та протоколи (наприклад, Конвенція № 115 про захист працівників від іонізуючої радіації (1960 р.), Протокол 2002 року до Конвенції № 155 про безпеку і гігієну праці та виробниче середовище).

Характерною ознакою ратифікованих конвенцій і протоколів є те, що вони ухвалюються Міжнародною конференцією праці та стають обов'язковими для держав лише після їх ратифікації компетентними державними органами. Особливе та самостійне місце посідають фундаментальні конвенції, оскільки

© Козак З., 2008

навіть ті з держав, які не ратифікували вказані конвенції, зобов'язані добросовісно та відповідно до Статуту МОП дотримуватися, зміцнювати та реалізовувати принципи та права, що є предметом цих конвенцій.

Серед актів другої групи можна виокремити нератифіковані конвенції, рекомендації та зводи практичних правил з охорони праці. Базовою характеристикою цієї групи актів є те, що вони не встановлюють жодних зобов'язань, проте держава може добровільно запровадити передбачені ними міжнародні стандарти у національне законодавство чи практику та послугуватися ними як рекомендаціями, взірцями для регулювання трудових відносин. Наприклад, Закон України «Про охорону праці» у редакції від 21.11.2002 р. враховує значну частину положень Конвенції № 155 про безпеку і гігієну праці та виробниче середовище (1981 р.), хоча така Україною не ратифікована.

Акти другої групи є досить неоднорідними як за процедурою прийняття, так і за цільовим та змістовним призначенням. Так рекомендації МОП хоча й ухвалюються за тією ж процедурою, що і конвенції, проте не породжують жодних зобов'язань і відповідно не ратифікуються державою. Вони за змістом і функціями є більш гнучкішою формою акту МОП, ніж конвенції.

МОП розробила ряд зводів практичних правил з охорони праці, які містять практичні, технічні та науково-обґрунтовані детальні рекомендації, що розробляються на тристоронній основі групою експертів і ухвалюються рішенням Адміністративної ради. Серед них, як приклад, можна назвати зводи практичних правил про технічні та етичні норми контролю за станом здоров'я працівників (1992 р.), про повідомлення про нещасні випадки на виробництві і професійні захворювання та їх реєстрацію (1995 р.), про системи управління безпекою та гігієною праці (2001 р.). Зводи формуються у вигляді типових правил, що пропонують рамки здійснення політики з охорони праці на національному рівні, надання технічної допомоги на локальному рівні.

4. Основним видом діяльності МОП з формування міжнародних стандартів є ухвалення конвенцій і рекомендацій, тому пропоноване дослідження було б незавершеним, якщо не провести окрему класифікацію цих актів.

4.1. Враховуючи мету та завдання діяльності МОП, серед усієї кількості конвенцій виокремлюють:

— фундаментальні (такими Міжнародною конференцією праці визнано вісім конвенцій з питань свободи асоціації та реального визнання права на ведення колективних переговорів, скасування усіх форм примусової чи обов'язкової праці, реальної заборони дитячої праці та недопущення дискримінації у сфері праці та занять) та
— пріоритетні (такими Адміністративною радою названо чотири конвенції з питань проведення інспекцій праці у промисловості, торгівлі та сільському господарстві, тристоронніх консультацій для сприяння застосуванню міжнародних трудових норм та здійснення політики в галузі зайнятості).

Варто наголосити на тому, що серед фундаментальних і пріоритетних відсутні конвенції, що безпосередньо регулюють питання безпеки і гігієни праці, проте вагомість перших формує сприятливе середовище для встановлення принципів і методів, заходів і засобів з охорони праці.

4.2. У 2002 році Робоча група з політики щодо перегляду норм Комітету з правових питань і міжнародних трудових норм здійснила огляд статусу конвенцій і рекомендацій МОП щодо їх відповідності часу та необхідності їх перегляду. Тому конвенції та рекомендації з охорони праці також можна поділити на:

- актуальні конвенції та рекомендації (Конвенція № 161 про служби гігієни праці (1985 р.), Рекомендація № 183 про безпеку та гігієну праці на шахтах (1995 р.)),
- конвенції та рекомендації, що підлягають перегляду (Конвенція № 13 про використання свинцевого білила в малярній справі (1921 р.), Рекомендація № 3 про профілактику сибірки (1919 р.)),
- конвенції та рекомендації з проміжним (тимчасовим) статусом (Конвенція № 45 про використання праці на підземних роботах у шахтах будь-якого роду (1935 р.), Рекомендація № 31 про запобігання нещасним випадкам на виробництві (1929 р.)),
- вилучені конвенції та рекомендації (Рекомендація № 32 про машини з механічними двигунами (1929 р.)),
- замінені конвенції та рекомендації (Рекомендація № 112 про служби охорони здоров'я на підприємстві (1959 р.)),
- застарілі конвенції та рекомендації (Конвенція № 62 про техніку безпеки в будівельній промисловості (1937 р)).

4.3. МОП з метою ефективного і дієвого застосування міжнародних норм запровадила механізм контролю за їх дотриманням, що передбачає систематичне звітування держав про стан виконання ратифікованих конвенцій. З метою полегшення подання таких доповідей усі конвенції та рекомендації були поділені на предметні групи, зокрема і з питань безпеки та гігієни праці.

Історично конвенції та рекомендації з безпеки та гігієни праці були ухвалені щодо:

- загальних питань (запобігання нещасним випадкам на виробництві, національної політики з охорони праці тощо),
- захисту від окремих виробничих ризиків (токсичні речовини, машини тощо),
- охорона праці в окремих сферах економічної діяльності (будівництво, торгівля, установи, робота на шахтах тощо).

5. Тенденції у діяльності МОП з розробки та прийняття актів з охорони праці свідчать про те, що, наприклад, для ухвалення конвенцій спостерігається відхід від встановлення правил охорони праці до розробки політики у сфері охорони праці, від детальних вузьких положень, жорстких конкретних правил до всеохоплюючих та гнучких норм, і навпаки деталізація відноситься до сфери рекомендаційних актів.

ПРО ПОНЯТТЯ «ФОРМА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ».

Ласько І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В науковій літературі під формою права розуміють: спосіб внутрішньої організації, а також зовнішнього прояву правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість; спосіб, яким державна влада надає правилу загальнообов'язкової сили.; зовнішнє оформлення змісту загальнообов'язкових правил поведінки, які офіційно встановлені чи санкціоновані державною владою, або загальновизнані суспільством (наприклад, правовий звичай, рішення, прийняті на всенародних та місцевих референдумах).

Не можна визнати правом те, що не втілено у властиву йому форму. Норма, не будучи втіленою у властиву праву форму, може бути нормою поведінки, але не стає нормою права. Форма виступає «зовнішнім образом буття права» і є перш за все критерієм відмінностей системи права від інших соціальних нормативних систем (звичаїв, моральності, обрядовості тощо).

Таким чином форма права – це спосіб об'єктивації норм, їх зовнішній вияв, матеріальна фіксація. Це сила, що формує право, перетворює його на життєву об'єктивність. Ця сила повинна втілюватися в певних формах, які показують як зміст права організований та виражений назовні.

Науковці у сфері соціального забезпечення під формами права соціального забезпечення розуміють способи (прийоми, засоби) внутрішньої організації та зовнішнього вираження норм права, які регулюють суспільні відносини у сфері соціального забезпечення населення.

Незважаючи на значну кількість спільних рис, які властиві формам права соціального забезпечення та формам інших галузей права, перші все ж таки мають свої специфічні, властиві лише праву соціального забезпечення, риси. Специфіка форм права соціального забезпечення пов'язана передусім з особливостями методу правового регулювання соціально-забезпечувальних правовідносин.

Відомо, що в теорії права розрізняють два основні методи правового регулювання. Це централізований (імперативний) та децентралізований (диспозитивний) методи правового регулювання.

Централізований (імперативний) метод регулювання, при якому регулювання зверху до низу здійснюється на владно-імперативних засадах, а становище суб'єктів характеризується відносинами субординації, прямого підпорядкування.

Децентралізований (диспозитивний) метод регулювання, при якому правове регулювання виражається переважно з низу; правомірні дії учасників суспільних відносин, що регулюються, є індивідуальними, автономними, а становище суб'єктів характеризується відносинами координації, наданням конститутивного юридичного значення їх правомірній поведінці.

Зазначені методи в різних галузях права виступають у різноманітних варіаціях, поєднаннях, проте, як правило, один з них є завжди домінуючим.

Встановлення прав і обов'язків соціально-забезпечувальних правовідносин відбувається переважно на централізованому рівні, хоч допускається застосування і договірних норм, які ухвалюються в результаті соціально-партнерських стосунків.

© Ласько І., 2008

Таким чином розрізняють дві форми закріплення норм права соціального забезпечення: нормативно-правовий акт та нормативно-правовий договір. Останній у праві соціального забезпечення відіграє незначну роль.

Нормативно-правовий акт виступає основною формою права соціально-демократичної орієнтації. Поширеність таких актів пояснюється незаперечними перевагами такого способу вираження юридичних норм саме з огляду на загальнолюдські принципи правового регулювання.

Нормативно-правовий акт це письмовий документ компетентного органу держави (або уповноваженого нею органу місцевого самоврядування), в якому закріплено забезпечувані нею формально-обов'язкові правила поведінки загального характеру.

Нормативно-правові акти з огляду на їх формальну обов'язковість, є досить неоднозначними. Це пояснюється, зокрема, тим, що вони приймаються різними суб'єктами. Ця властивість названих актів відображається поняттям їх юридичної сили.

За юридичною силою нормативно-правові акти поділяються на закони та підзаконні акти в сфері соціального забезпечення.

Закони мають найвищу юридичну силу і є пріоритетними порівняно з будь-якими іншими нормативно-правовими актами. Особливе місце серед них займає Основний закон держави – Конституція України. Саме в Конституції визначаються права особи у сфері соціального забезпечення.

Конституція України є базовою для всього поточного законодавства в Україні. Закони і інші нормативно-правові акти, які приймаються в Україні, не повинні їй суперечити.

Закони, у свою чергу, діляться на: конституційні (основні) та звичайні (поточні).

До конституційних законів відносяться закони, які приймаються з питань, що безпосередньо вказані у Конституції. Таким чином положення, закріплені в Основному Законі, конкретизуються у Конституційних законах. Прикладом може бути Закон України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», який конкретизує положення абзаца 1 ст.50 Конституції України.

До звичайних відносяться всі інші чинні в державі закони. Вони приймаються на основі і для виконання Конституції і конституційних законів. В праві соціального забезпечення вони стосуються окремих правових інститутів. До цієї групи законів у сфері соціального забезпечення можна віднести Закон України «Про формування Фонду для здійснення заходів щодо ліквідації наслідків Чорнобильської катастрофи та соціального захисту населення».

Підзаконні нормативно-правові акти ухвалюються компетентними органами на підставі закону та спрямовані на його виконання. У праві соціального забезпечення до них належать укази Президента України, постанови Кабінету міністрів України; інструкції, положення, розпорядження міністерств та відомств, нормативно-правові акти органів місцевого самоврядування.

Підзаконні акти іноді ще називають похідними чи конкретизуючи ми. Як приклад це затверджені постановами Кабінету Міністрів України «Порядок видачі свідоцтва про загальнообов'язкове державне соціальне страхування», а також «Положення про порядок розслідування та ведення обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві».

Крім нормативно-правових актів, формою права соціального забезпечення є нормативно-правовий договір.

Нормативно-правовий договір – це об'єктивоване правило поведінки загального характеру, яке встановлене за взаємною домовленістю кількох суб'єктів, формальна обов'язковість якого забезпечується державою. Акти спрямовані на врегулювання відносин учасників, які уповноважили цих осіб на підписання договору.

Систему договорів права соціального забезпечення складають :

— міжнародні договори та міжнародно правові акти (перша група) та договори, укладені у сфері соціального партнерства як результат колективних переговорів (друга група).

Відповідно до ч.1 ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Наприклад, Загальна декларація прав людини (1948), Міжнародний пакт про громадські і політичні права (1966), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966). З двосторонніх угод, які містять норми прямої дії є: Угода між Україною і Королівством Іспанія про соціальне забезпечення громадян; Угода між Урядом України та Урядом Соціалістичної Республіки В'єтнам про взаємне працевлаштування громадян і їх соціальний захист.

Другу групу, яку ми згадували, становлять акти соціального партнерства – колективні договори і угоди. Зокрема: колективні договори (угоди), що укладаються між профспілками (їх об'єднаннями) як представниками інтересів найманих працівників та роботодавцями або їх представниками відповідно до Закону України «Про колективні договори і угоди» від 1 липня 1993 р.; а також залежно від рівня соціально-партнерських відносин існують генеральні, галузеві, регіональні та локальні угоди, які регулюють виробничі, трудові та соціально-економічні відносини. Прикладом угоди соціального партнерства, що укладається на найвищому рівні, є Генеральна угода між Кабінетом Міністрів України, всеукраїнськими об'єднаннями організацій і підприємців та всеукраїнськими профспілками і профоб'єднаннями на 2004-2005 роки.

Таким чином, формами права соціального забезпечення є різні нормативно-правові акти, які регулюють той комплекс суспільних відносин, що складає предмет даної галузі права.

У формах права соціального забезпечення України відображені матеріальні умови життя нашого суспільства. При їх зміні змінюються і форми права соціального забезпечення. На сьогоднішній день це відбувається досить часто, у зв'язку з чим законодавство в частині соціального забезпечення дуже швидко обновлюється. Застарілі нормативні акти права соціального забезпечення скасовуються або змінюються, доповнюються або приймаються нові, які відповідають ринковим відносинам.

ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ПРАЦІВИКІВ

Лещух Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У вітчизняній науці трудового права досі відсутній системний підхід до організаційно-правового вирішення питань захисту персональних даних працівників та гармонізації відповідних положень вітчизняного законодавства з положеннями міжнародних стандартів. Констатація незадовільного стану розробки теми та відсутність національного законодавства щодо захисту персональних даних працівників обумовлюють актуальність дослідження.

Враховуючи активність у використанні сучасних інформаційно–комп'ютерних технологій та і загрозу несанкціонованої автоматизованої обробки персональних даних, більшість європейських країни прийняли спеціалізовані закони та підписали Конвенцію № 108 Ради Європи "Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних" від 28.01.1981 р. Принципи Конвенції були конкретизовані у Директиві 95/46/ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу "Про захист осіб у зв'язку з обробкою персональних даних та вільним обігом цих даних" від 24.10.1995 р. Важливе значення має також Кодекс практики Міжнародного бюро праці по захисту персональних даних працівників, прийнятий МОП. Ці міжнародні акти є стандартами, що визначають принципи гармонізації національних законодавств у сфері захисту персональних даних як для європейських, так й інших країн світу. Це спонукає до активності у вирішенні питання про приєднання України до згаданих і приведення всієї законодавчої бази у відповідність з положеннями міжнародних стандартів та прийняття базового закону про захист персональних даних.

Якщо вести мову про перспективи правового регулювання захисту персональних даних працівника, то можна виділити статтю 27 проекту Трудового кодексу України, у якій серед основних обов'язків роботодавця передбачено такі обов'язки:

- надавати працівникам на їх вимогу повну та достовірну інформацію, що стосується їх трудової діяльності, а також безоплатно надавати працівникам копії документів, які містять персональні дані щодо них;
- забезпечити захист та конфіденційність персональних даних працівника в порядку, встановленому законодавством, а також у будь-який час на вимогу працівника ознайомлювати його з персональними даними, вносити зміни до них у разі їх невідповідності фактичним обставинам.

Привертають увагу у цьому контексті статті 125 та 242 згаданого проекту. Зокрема, роботодавцеві забороняється надавати третім особам будь-яку інформацію про причини звільнення та інші відомості про працівника, крім надання їх на прохання працівника та в інших випадках, передбачених законом. Відомості про оплату праці працівника є конфіденційними і надаються будь-яким органам чи особам лише у випадках, передбачених законом, або за згодою чи на вимогу працівника. Варто згадати також проект закону України (тираж 13.03.2006) "Про захист персональних даних". Відповідно до статті 2,

© Лещух Д., 2008

персональні дані – це окремі відомості про фізичну особу чи сукупність таких відомостей, що ідентифіковані або можуть бути ідентифіковані. У статті 9 передбачено,що особи, яким було надано доступ до персональних даних у порядку, встановленому законодавством, зобов'язані не допускати розголошення будь-яким способом персональних даних, які їм довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових або трудових обов'язків. Таке зобов'язання зберігає чинність після припинення їх діяльності, пов'язаної з персональними даними, крім випадків, установлених законом.

Сьогодні загальні правові основи одержання, використання, поширення та зберігання інформації встановлює закон України "Про інформацію". У ньому закріплено право особи на інформацію в усіх сферах суспільного і державного життя України, а також систему інформації, її джерела, визначає статус учасників інформаційних відносин, регулює доступ до інформації та забезпечує її охорону, захищає особу та суспільство від неправдивої інформації. Одним із видів інформації у цьому акті названо інформацію про особу.

Інформація про особу-це сукупність документованих або публічно оголошених відомостей про особу. Основними даними про особу (персональними даними) є: національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження.

Закон забороняє збирання відомостей про особу без її попередньої згоди, за винятком випадків, передбачених законом та передбачає право кожної особи на ознайомлення з інформацією, зібраною про неї.

Ряд авторів, пропонуючи власне визначення персональних даних працівника, звертається саме до родового поняття – "інформація про особу" (персональні дані). Однак така точка зору видається досить спірною, оскільки не відображає специфіки змісту трудових правовідносин. Якщо керуватись такою логікою, то можна вважати, що вичерпними даними про працівника може вважатись будь-яка окрема характеристика (номер паспорта, дата народження), яка б дозволила ідентифікувати його серед інших працівників. Тому персональні дані працівника слід розглядати із врахуванням специфіки та завдань трудового права и законодавства про працю.

Співвідношення змісту персональних даних працівника з цілями їх формування дозволяє вести мову не лише про практичну цінність цієї категорії, але й про існування окремої групи відносин у предметі трудового права. Згадані інформаційні відносини виникають між працівником та роботодавцем у зв'язку із виникненням, реалізацією, зміною та припиненням трудових правовідносин та, за своїм змістом, є трудовими. Така природа трудових інформаційних відносин обумовлена не лише їх суб'єктним складом, але й необхідністю обслуговування відносин найманої праці.

Це дало змогу російському вченому А.В.Дворецькому сформулювати визначення інформаційних трудових правовідносин по захисту персональних даних працівника як охоронних правовідносин, в яких одна сторона (працівник) повинна надати достовірні відомості, необхідні для реалізації трудових відносин, а інша сторона (роботодавець) – забезпечити цільове використання цих відомостей відповідно до законодавства та локальних нормативно-правових актів при отриманні, зберіганні та використанні, а також передачі вказаних відомостей іншим особам.

Актуальним є також питання застосування заходів дисциплінарної відповідальності за порушення порядку роботи з персональними даними у рамках трудових відносин. Якщо виходити із змісту норм закону України "Про інформацію", то всі роботодавці є зберігачами (охоронцями) персональних даних працівників, а тому норми дисциплінарної відповідальності можуть застосовуватись не лише до працівників, що відповідають за збір та обробку персональних даних, але й до роботодавців. Слід також зауважити, що до дисциплінарної відповідальності можуть бути притягнуті лише ці працівники, які зобов'язались дотримуватися правил роботи з персональними даними. Тобто умову про нерозголошення таких відомостей було включено у зміст їхнього трудового договору та вони ознайомлені із положеннями відповідних локальних нормативних актів. У свою чергу роботодавець повинен створити для цього всі необхідні умови. Порядок роботи с персональними даними в рамках трудових правовідносин досить детально регулюється Трудовим кодексом Російської Ф. Стаття 85 цього кодексу дає визначення персональних них працівника як інформації, яка необхідна роботодавцю у зв'язку з трудовими відносинами та яка стосується конкретного працівника. Дещо інше визначення містить стаття 64 ТК Республіки Казахстан , у якій під цим поняттям розуміють інформацію про працівника, необхідну для виникнення, продовження та припинення трудових відносин .Якщо детально проаналізувати ці визначення, то можна прийти до висновку про можливість їх неоднозначного тлумачення. Однак слід також погодитись з тим, що встановити вичерпний перелік таких відомостей у законодавстві досить важко.

Варто відзначити, що відповідно до такого визначення, захисту підлягають лише персональні дані працівників. На осіб, які хочуть влаштуватись на роботу відповідні положення не поширюються. Поряд з цим саме під час процедури працевлаштування особа, яка хоче влаштуватись на роботу надає потенційному роботодавцю чи органу працевлаштування персональні дані у значному обсязі. Тому відповідні гарантії працевлаштування повинні передбачатись і для згаданих осіб. В умовах, коли у національному законодавстві є відсутніми норми щодо захисту персональних даних працівника, відповідні положення можна закріпити в локальних актах. Так, норми про використання та охорону певних відомостей можуть міститись у колективному договорі, правилах внутрішнього трудового розпорядку, в положеннях про захист конфіденційної інформації, посадових інструкціях працівників, що мають доступ до персональних даних тощо. Всі ці акти за суб'єктивним критерієм можна класифікувати як акти загальні та спеціальні. Локальні нормативні акти загального характеру розповсюджуються на всіх або більшість працівників, а під дію спеціальних підпадають визначені категорії посадових осіб.

Російські вчені проводять класифікацію і за змістом норм трудового законодавства про охорону персональних даних працівника. Всі локальні акти про такі дані поділяють на дві групи. Першу групу становлять акти, що регулюють порядок створення відповідних баз даних, основні напрями діяльності і компетенцію відповідних служб чи підрозділів та діяльність посадових осіб. Вони характеризують статику відносин по опрацюванню персональних даних. Друга група актів містить норми, що регулюють передачу відповідної інформації від одного суб'єкта іншому та відображають динамічну характеристику регулювання вказаних відносин.

Якщо вести мову про приблизний зміст локально-правового акту, який регулює захист персональних даних працівників, то нашу думку туди слід включити положення щодо чіткого визначення основних понять, обробки, формування, обліку, зберігання та передачі персональних даних працівника. Важливо також дати перелік прав та обов'язків працівника у сфері опрацювання і захисту його персональних даних. Варто також передбачити виключні випадки опрацювання таких даних. Для прикладу можна навести відповідні положення ТК РФ, який передбачає, що опрацювання персональних даних працівника може проводитись у таких цілях:

1. забезпечення дотримання законів та інших нормативно-правових актів.
2. сприяння працівнику у працевлаштуванні, навчанні та просуванні по службі.
3. забезпечення особистої безпеки працівників.
4. контролю кількості та якості роботи, яка виконується.
5. забезпечення збереження майна.

Аналіз даних положень дозволяє говорити про те, що всі вони об'єднані однією метою трудового законодавства – створення необхідних правових умов для досягнення оптимального узгодження інтересів сторін трудових правовідносин.

Підводячи підсумки викладеного, можна зробити висновок про те, що персональні дані працівників по-перше, повинні органічно вливатися в систему персональних даних особи та підлягають комплексному правовому захисту всіма способами і засобами, передбаченими для захисту конфіденційної інформації та комерційної таємниці; по-друге, утворюють собою певне правове явище – інститут трудового права та носять інформаційний характер.

ПРАВОВІ ПІДСТАВИ УКЛАДЕННЯ СТРОКОВИХ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ

Парпан Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Як показує зарубіжна практика, у більшості розвинутих країнах світу переважає строковий характер трудових відносин. Однак поряд з цим простежується протилежна тенденція, яка скерована на пошук більш демократичних підходів до захисту прав найманого працівника. Зокрема, це знайшло свій прояв в Рекомендації Міжнародної Організації Праці (далі – МОП) № 166 від 2 червня 1982 р., в якій запропоновано передбачити відповідні гарантії проти необмеженого (свавільного) використання договорів про наймання працівника на визначений строк.

Поряд з цим Конвенцією МОП про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця N 158 від 22 червня 1982 р., дозволяється державам – членам вилучати зі сфери застосування всіх або деяких положень цієї Конвенції, зокрема, таку категорію осіб, що працюють за наймом як працівників, найнятих за договором про найняття на певний термін чи для виконання певної роботи. Проте, у цій же Конвенції зроблено застереження, що таке вилучення допускається лише в тому разі, коли умови зайнятості цієї категорії працівників регулюються спеціальними угодами, які забезпечують у цілому захист, у кожному випадку еквівалентний захистові, передбаченому цією Конвенцією.

У багатьох зарубіжних країнах право на укладення строкових трудових договорів обмежується як законами та підзаконними нормативними актами, так і колективними договорами. Такі обмеження проявляються через: заборони укладати строкові трудові договори для звичайних та регулярних робіт; дозволи на їх укладення лише в визначених сферах (на сезонних робота або при наймі на роботу менеджерів, творчих працівників (музикантів, акторів, оперних співаків, наукових працівників) чи в окремих випадках (для заміни тимчасово відсутнього працівника). В деяких зарубіжних країнах, таке право не обмежено (США, Канада, ФРН, Японія, Бельгія).

У відповідності із ст. 23 Кодексу законів про працю України (далі КЗпП) трудові договори укладаються: на невизначений строк, на визначений строк і на час виконання певної роботи. При цьому, можна стверджувати, що у вітчизняному трудовому законодавстві існує примат безстрокового характеру трудових відносин, на який вказує, зокрема, частина друга ст.23 КЗпП, якою встановлено чинники, які обумовлюють укладення строкового трудового договору.

В цій статті, зокрема, зазначається, що строковий трудовий договір укладається у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням:

— характеру наступної роботи (робота не виконується постійно, наприклад, сезонні роботи);

© Парпан Т., 2008

— умовами виконання роботи (незважаючи на постійний характер роботи, в силу певних конкретних умов її виконання трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений термін. Наприклад, заміщення тимчасово відсутнього працівника.);

— інтересів працівника. Як правило, зацікавленість працівника у встановленні трудових відносин на визначений термін, обумовлюється сімейно-побутовими обставинами, які бажано вказувати при укладенні трудового договору;

— в інших випадках, передбачених законодавчими актами. Зокрема, щодо деяких категорій наукових та науково-педагогічних працівників; суддів; працівників, які займають штатні дипломатичні та адміністративно-технічні посади в закордонних дипломатичних установах України.

З приводу законодавчого визначення цих чинників обмеження застосування строкових трудових договорів у науковій літературі відзначалося, що вони визначені не досить чітко. Це дає підставу трактувати їх по-різному, залежно від підходу сторін і пропонувалося при укладенні строкових трудових договорів вносити безпосередньо в текст договору обставини, що зумовлюють потребу застосування цієї угоди. Підтримуючи цю пропозицію, вважаємо, що у новому Трудовому кодексі України було доцільно поряд із загальною вимогою, яка ставиться до укладення строкових трудових договорів (вона за змістом збігається із правилом частина другої ст. 23 чинного КЗпП України), закріпити перелік випадків, коли сторонам дозволяється встановлювати строк дії договору.

У зв'язку із цим, необхідно переглянути чинні нормативно-правові акти, якими передбачено укладення строкових трудових договорів. Адже, на практиці досить часто трапляються випадки, коли з працівниками укладають строкові трудові договори, хоча ні характер виконуваної працівниками роботи, ні норми чинного законодавства не вказують на обов'язковий строковий характер цих трудових відносин. Наприклад, така ситуація спостерігається із науково-педагогічними працівниками вищих навчальних закладів. Незрозуміло, чому трудові договори з науково-педагогічними працівниками не можуть бути укладені на невизначений строк. І це при тому, що, відповідно до Закону України „Про вищу освіту" від 17 січня 2002 р. таких вимог для зайняття посад науково-педагогічними працівниками не встановлено (за винятком осіб, які охоплюють деякі керівні посади). Правда, в Законі України «Про наукову та науково-технічну діяльність» від 13 грудня 1991 року (в редакції Закону від 1 грудня 1998 р.) для визначення поняття «науковий працівник» все ж робиться вказівка на те, що це вчений, який займається науковою, науково-технічною, науково-організаційною або науково-педагогічною діяльністю за основним місцем роботи та відповідно до трудового договору (контракту) (ст. 1). Проте, вже при визначенні поняття «науково-педагогічний працівник» наголошується лише на тому, що це вчений, який за основним місцем роботи займається професійно педагогічною та науковою або науково-технічною діяльністю у вищих навчальних закладах післядипломної освіти III-IV рівня акредитації.

Обов'язковість укладення строкових трудових договорів з науковими (науково-педагогічними) працівниками ставить під сумнів і правило ст. 24 Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність», яким передбачено, що пенсія відповідно до цього закону виплачується тим особам, які

були звільнені або працюють за строковим трудовим договором (контрактом), який укладено після досягнення пенсійного віку. Таким чином, строкові трудові договори (контракти) з науковими (науково-педагогічними) працівниками можуть бути укладені власне після досягнення ними пенсійного віку.

Гарантією проти необмеженого використання строкових трудових договорів в Україні вважається і частина друга ст. 39-1 КЗпП, якою передбачено, що трудові договори, які були переукладенні один чи декілька разів, за винятком випадків, передбачених частиною другою ст.23 КЗпП, вважаються такими, що укладені на невизначений строк. Проте, це правило практично позбавлено можливості його застосування. Оскільки, як правомірно зауважили автори Науково-практичного коментарю до законодавства України про працю, воно не поширюється на випадки, передбачені частиною другою ст.23 КЗпП, а тому не має предмета правового регулювання. Переукладення строкового трудового договору у випадках, що підпадають під частину другу ст. 23 КЗпП, не дає строковому трудовому договору характеру безстрокового. Винятком з цього загального правила може бути переукладення трудових договорів із тимчасовими працівниками.

Відтак вважаємо, що є потреба чіткіше врегулювати питання укладення строкових трудових договорів у новому Трудовому кодексі України. При цьому, встановити правило автоматично перетворювати строкові трудові договори у безстрокові, у випадку порушення встановлених умов їх застосування. А також, встановити обмеження щодо переукладення трудових договорів не більше одного – трьох разів.

СОЦІАЛЬНІ РИЗИКИ ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ СФЕРИ СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Терешко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасній науковій літературі існує декілька концепцій визначення сфери соціально-забезпечувальних правовідносин, зокрема соціальної аліментарності, непрацездатності, індивідуальної форми розподілу та соціального ризику. Концепція соціальної аліментарності базується на відносинах, що виникають у зв'язку з наданням соціального забезпечення та послуг за рахунок коштів державного бюджету не залежно від сплати страхових внесків та трудової діяльності, проте з врахуванням страхового стажу. В основу концепції непрацездатності покладено відносини щодо надання соціальної допомоги лише непрацездатним громадянам. Відповідно до концепції індивідуальної форми розподілу, відносинами соціального забезпечення вважаються ті відносини, які виникають при надання матеріального забезпечення конкретному громадянину. Ще однією концепцією визначення сфери соціально-забезпечувальних правовідносин є соціальні ризики. Соціальним ризиком є певна подія в результаті якої особа втрачає засоби до існування з незалежних від неї причин.

Теорія "соціальних ризиків" почали інтенсивно розробляти ще в 20-30 роках минулого століття такі провідні науковці як Вігдорчик М. А., Семашко М. О., Догадов В. М. Згідно із цією теорією соціальне забезпечення надається членам суспільства в зв'язку із настанням певних обставин, так званих соціальних ризиків, а під соціальним ризиком автори розуміють ризик втрати доходу. Кожному, хто живе за рахунок продажу своєї робочої сили, загрожує дві небезпеки – втрата працездатності, з одного боку, і безробіття – з іншого. І в тому, і в іншому випадку особа втрачає дохід.

У сучасній науковій літературі зустрічаються різні визначення поняття соціального ризику. Зокрема, В. Роїк під поняттям соціальний ризик розуміє вірогідність настання матеріальної незабезпеченості працівників внаслідок втрати заробітку та втрати працездатності (професійні та загальні захворювання, нещасні випадки як на виробництві, так і поза ним). Т.Гарасимів однією з характеристик соціального ризику за правом соціального забезпечення називає втрату працездатності особи. Соціальний ризик, на думку Мачульської Є., — це вірогідність настання матеріальної незабезпеченості особи внаслідок відсутності заробітку з об'єктивних соціально-значимих причин та у зв'язку з додатковими видатками щодо утримання дітей чи інших членів, а також щодо задоволення потреб у медичних чи соціальних послугах.

У відповідності із Основами законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування страховий ризик визначається як обставини, внаслідок яких громадяни та/або члени їх сімей можуть втратити тимчасово або назавжди засоби до існування і потребують матеріальної підтримки або соціальних послуг за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням (ст.11).

Соціальні ризики характеризуються такими ознаками:

— мають об'єктивний характер, наступають незалежно від волі особи;

© Терешко Х., 2008

— виникнення цих обставин завжди впливає на матеріальний, життєвий рівень особи;

— закріплені у законодавстві, їх перелік вичерпний, тобто розширеному тлумаченню не підлягає;

— є підставою для призначення того чи іншого виду соціального забезпечення.

Проаналізувавши міжнародні нормативно-правові акти ратифіковані Україною та вітчизняне законодавство у сфері соціального забезпечення можна виділити такі соціальні ризики: 1) втрату доходу в зв'язку з настанням похилого віку, пов'язану з захворюванням, необхідністю одержання медичної допомоги; 2) втрату працездатності, годувальника або роботи; 3) погіршення здоров'я внаслідок впливу шкідливих факторів, які пов'язані, так і не пов'язані із професійною діяльністю; 4) ризики виробничого і побутового травматизму; 5) погіршення демографічної ситуації; 6) потреби у сторонній допомозі в старості. Окрім цього, до соціальних ризиків відносяться ризики алкоголізму, наркоманії, самогубства, отруєнь, розлучень у родинах, ризики відповідальності батьків за неправомірні дії неповнолітніх дітей тощо.

У всіх випадках виникнення соціальних ризиків веде до погіршення добробуту громадян, неможливості або обмеження задоволення матеріальних, соціальних і духовних потреб, до зниження якісних характеристик особистості в суспільстві.

У міжнародному праві, зокрема в Керівних принципах Міжнародної організації праці (МОП), перелік соціальних ризиків, захист від яких необхідно здійснювати на державному рівні, виглядає так: хвороба; материнство; інвалідність; старість; смерть годувальника; безробіття; витрати в зв'язку з надзвичайними обставинами; виробнича травма.

Цікавим видається питання класифікації соціальних ризиків, у науковій літературі виділяють, зокрема:

1. Організаційно-правову форму і відповідно поділяють ризики на:

— страхові соціальні ризики;

— не страхові соціальні ризики.

2. Зміст і виділяють такі основні соціальні ризики:

— безробіття;

— непрацездатність;

— малозабезпеченість;

— втрата годувальника.

Отже, як підсумок, необхідно зазначити, що соціальні ризики це ті події, внаслідок яких людина втрачає можливість самостійно забезпечувати себе і свою сім'ю засобами для повноцінної життєдіяльності та потребує суспільної підтримки. Вони зумовлені складним комплексом об'єктивних соціально-економічних умов і практично не залежать від волі окремої людини. Відповідно до цього держава повинна встановлювати критерії нормального, достатнього соціального становища людей у разі настання тих чи інших видів соціальних ризиків. І при відхиленні від нормального рівня життя вживати заходів соціального захисту відповідно до визначених соціальних гарантій.

СЕКЦІЯ ЗЕМЕЛЬНОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ, НАДАНИХ ДЛЯ КОРИСТУВАННЯ НАДРАМИ

Барабаш Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зміни суспільного, економічного, політичного, духовного життя України відобразилися на змінах в правовій сфері. Внаслідок модифікації суспільних відносин модифікується і юридична форма, всі її складові елементи. Одним із елементів цієї форми є правовий режим.

Категорія правовий режим неодноразово була предметом аналізу юридичної науки, на рівні як загальнотеоретичних, так і галузевих досліджень. В теорії земельного права правовий режим аналізується, як правило, при характеристиці відповідної категорії чи виду земелі.

Аналіз змісту поняття „правовий режим земель" має не тільки важливе теоретичне, а й практичне значення. Сутність правового режиму земель полягає в тому, що він визначає порядок використання і охорони відповідної категорії землі, тобто встановлює особливості змісту права власності по відношенню до тої чи іншої категорії землі, можливості використання земель на підставі відповідних титулів (права постійного користування, оренди і ін.), особливості управління у галузі використання і охорони земель.

Вище зазначені обставини і обумовлюють інтерес до дослідження такої категорії як правовий режим земель. Проте необхідно зазначити, що правовий режим земель диференціюється для окремих категорій земель виходячи із їх цільового призначення. А тому не менш актуальним є питання правового режиму окремих категорій і видів земель, зокрема, земель, наданих для користування надрами. Актуальність даного дослідження зумовлена, певною мірою, тим, що в юридичній літературі науково розробленим є питання правового режиму такої категорії землі, як землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення (*в науці дана категорія відома під назвою землі спеціального призначення*), але при цьому відсутнє комплексне дослідження правового режиму окремого виду земель в рамках цієї категорії землі, зокрема, земель, наданих для користування надрами. Метою даного дослідження є визначення змісту поняття правового режиму вище зазначеного виду земель через розроблене в юридичній науці поняття „правовий режим земель".

У науковій літературі немає єдності у поглядах науковців щодо розуміння сутності правового режиму земель. Так, І.І.Євтіхєєв. писав, що при загальній правовій підставі – державної власності на землю існують різні і не співпадаючі по об'єму земельні режими для окремих розрядів земель. Під земельним режимом науковець розумів статус прав і обов'язків органів земельного управління у відношенні даного розряду земель, тобто виконання органами земельного управління основних функцій – адміністративної, юрисдикційної і нормативної.

© Барабаш Н., 2008

Аналогічно визначив правовий режим земель і А.В.Венедіктов. Розглядаючи питання про відмінності правового режиму окремих видів державного майна (землі, основних і обігових засобів), він вважав, що всі відмінності в характері і призначенні цих об'єктів відображається лише на об'ємі прав і обов'язків окремих держорганів, які ними відають, тобто на правовому режимі відповідних видів державного майна.

З аналізу змісту вище приведених визначень зрозуміло, що на думку цих авторів, правовий режим земель зводиться до повноважень органів управління землями. Як видається, то зміст даного поняття є занадто вузьким, адже він включає в себе лише один елемент цього поняття – управління у сфері використання і охорони земель.

Значну увагу поняттю „правовий режим земель" в своїх працях приділяв Н.І.Краснов. Він визначає правовий режим державного земельного фонду як встановлений нормами радянського права порядок дозволеної поведінки по відношенню до землі як об'єкта права виключної власності держави, права землекористування і правової охорони, направлений на забезпечення її раціонального використання як всезагальної умови праці і основного засобу виробництва.

Таким чином, на думку Н.І. Краснова, елементами правового режиму земель є право виключної власності держави на землю, право землекористування і правова охорона земель. В наведеному визначенні науковець не виділяє такого елементу як управління у сфері використання і охорони земель. Однак уже в монографічному дослідженні „Загальна теорія радянського земельного права" Н.І.Краснов вказує, що під правовим режимом державного земельного фонду необхідно розуміти встановлений нормами радянського земельного права порядок можливої або дозволеної поведінки по відношенню до землі як об'єкта права виключної власності держави, державного управління земельним фондом, права землекористування і правової охорони, направлений на забезпечення її раціонального використання в якості всезагальної умови праці і основного засобу виробництва.

Г.А. Аксененок вважав, що визначити правовий режим будь-якої категорії землі – це означає, по-перше, дати поняття цих земель як об'єкта такого земельного правовідношення, по-друге, визначити коло землекористувачів цих земель, встановити їх права і обов'язки, по-третє, виявити порядок державного управління цими землями, і, по-четверте, вказати на ті форми і міри відповідальності, які визначені законом для користувачів.

Даний науковець в склад поняття правовий режим землі включає нові елементи, а саме відповідальність за порушення земельного законодавства, суб'єкти права землекористування, поняття земель як об'єкта земельного правовідношення. Проте він не приділяє уваги таким інститутам як право власності і правова охорона земель.

В підручнику „Радянське земельне право" 1981 р. відзначається, що основу правового режиму державного земельного фонду складають інститути права виключної державної власності, державного управління, права землекористування і правової охорони землі.

Наведені вище визначення правового режиму уявляються не зовсім вдалими, оскільки одні є надто вузькими, інші не підходять для сучасної практики і теорії земельного права, тому що вони базуються на монопольному праві виключної державної власності на землю.

В сучасній науковій літературі дещо по-іншому пропонуються визначення правового режиму земель. Зокрема, на думку І.А.Іконіцкой, правовий режим земель – це встановлена нормами права можлива і дозволена поведінка по відношенню до землі як об'єкта права власності і інших прав на земельні ділянки, об'єкта державного управління земельними ресурсами і об'єкта правової охорони землі як природного ресурсу, який виконує визначені Конституцією Російської Федерації важливі соціально-економічні функції – основи життя і діяльності народів, які проживають на відповідній території. Дане визначення досить схоже з визначенням, даним Н.І.Красновим, різниця лише в тому, що праву власності не надається монопольного статусу.

За визначенням С.А.Боголюбова, правовий режим земель визначається сукупністю правил їх використання і включення в цивільний обіг, охорони, контролю і моніторингу, встановлених земельним, містобудівельним, лісовим, природоохоронним і іншим законодавством, законодавством про надра, і поширюється на землі відповідної категорії. Визначаючи зміст даної категорії вчений виділяє дві функції управління у галузі використання та охорони земель, а саме контроль за використанням земель і моніторинг земель. Але, крім цих функцій, управління у галузі використання і охорони земель виконує і інші, а тому при з'ясуванні поняття правовий режим земель необхідно виділяти інститут управління у галузі використання та охорони земель, а не його функції. Автором виділено також новий елемент змісту правового режиму земель: правила включення земель в цивільний обіг.

О.І. Крассов визначає правовий режим земель як визначення в законодавстві змісту права власності, інших прав на земельні ділянки, управління в галузі використання і охорони земель, заходів по охороні земель, шляхом встановлення основного цільового призначення земель, територіального зонування, обмеження прав, публічних сервітутів і встановлення дозволеного використання.

Н.І.Титова зазначає, що для поняття змісту правового режиму важливий не лише особливий порядок правового регулювання, а й його наслідки. Тому, якщо йдеться про земельний правовий режим,то це – наслідок правового регулювання суспільних земельних відносин на основі врахування природних і соціальних особливостей земель (як їхнього об'єкту), що забезпечує інтереси суб'єктів цих відносин та спеціальний порядок використання цих земель. Це – сукупність правових норм, які встановили основні засади та певний порядок землевикористання різних видів.

В.І. Андрейцев під правовим режимом земель розуміє встановлений нормативно-правовий порядок, який визначає поведінку суб'єктів земельних правовідносин щодо земель, земельних ділянок як до об'єктів права власності, управління, користування, відтворення, збереження та охорони з метою їх раціонального (економного й ефективного) використання і задоволення різноманітних потреб заінтересованих осіб, захисту їх земельних прав. Проаналізувавши дане визначення, вважаємо, що терміни „відтворення" і „збереження" охоплюється терміном „охорона". Крім того, визначаючи поняття правовий режим земель В.І.Андрейцев вживає дві категорії: „земля" і „земельна ділянка". На нашу думку, правовий режим земель і правовий режим земельної ділянки – різні поняття, оскільки земля і земельна ділянка – це різні об'єкти земельних відносин. Про правовий режим земель можна говорити в масштабах: всього земельного фонду, окремих категорій земель; видів земель в межах тієї чи іншої категорії; окремо взятої земельної ділянки.

Аналізуючи наведені визначення, неважко помітити часткове відображення в них системи основних інститутів загальної частини земельного права. І це зрозуміло, адже для всіх видів об'єктів земельних відносин принциповими є питання права власності, питання управління землею і її правової охорони. Більше того, для одних категорій чи видів земель більше специфіки можна знайти в межах інституту управління землею, а для інших – в межах інституту її охорони.

Враховуючи вище викладене, правовий режим земель – це встановлений нормами і заснований на принципах земельного права диференційований порядок, який визначає поведінку суб'єктів земельних правовідносин щодо земель як до об'єкта права власності, користування, управління і правової охорони з метою їх раціонального використання і охорони землі як основного національного багатства. Дане визначення однаковою мірою можна застосувати і для характеристики окремих категорій і видів земель.

Однією із категорій земель є землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення (*землі спеціального призначення*). Дана категорія земель включає в себе ряд субкатегорій земель з диференційованими правовими режимами, що обумовлено характером спеціальних завдань, для здійснення яких дані землі використовуються чи призначені для використання в майбутньому. Окремим видом земель у складі зазначеної категорії земель України є землі, надані для користування надрами. Разом з тим, користування цими землями тісно пов'язане з використанням іншого виду об'єктів природи – надр землі. Тому і правовий режим земель, наданих для користування надрами визначається не тільки земельним законодавством, але й законодавством про надра.

До земель, наданих для користування надрами належать землі, які використовуються для геологічного вивчення (в тому числі дослідно-промислової розробки родовищ корисних копалин загальнодержавного значення), видобування корисних копалин, будівництва і експлуатації підземних споруд, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, створення геологічних територій та об'єктів, що мають важливе наукове, культурне, санітарно-оздоровче значення, для задоволення інших потреб.

Надання земельних ділянок для потреб, пов'язаних з користуванням надрами, провадиться у порядку, встановленому земельним законодавством України. Однак, як правильно відзначив Б.А.Лісковець, цей порядок потребує деякого уточнення по відношенню до земель, наданих для користування надрами. Видобуванню корисних копалин передує робота по геологічному вивченню надр, яка здійснюється з метою виявлення та оцінки корисних копалин та та інших умов розробки родовищ корисних копалин. Підприємства, установи та організації, які здійснюють геологорозвідувальні, пошукові, геодезичні та інші розвідувальні роботи, можуть проводити такі роботи на підставі угоди з власником землі або за погодженням із землекористувачем. Проте не можна говорити про надання земель для проведення розвідувальних робіт, а тільки про порядок використання земель для зазначених цілей тому, що земельні ділянки для проведення таких робіт не вилучаються у землевласників і землекористувачів.

Щодо суб'єктів, яким належать земельні ділянки на праві власності, то здійснення розвідувальних робіт на земельній ділянці суттєво обмежує їх права. Тому у випадку коли землевласник або землекористувач не дає згоди на здійснення розвідувальних робіт, необхідно розробити порядок і умови вилучення (викупу) земель.

Однак на практиці нерідко зустрічаються випадки, коли землевласник чи землекористувач хоча і давав згоду на розвідувальні роботи, проте в майбутньому відмовляється передавати свої землі для видобування корисних копалин. З метою усунення зазначеного положення Б.А.Лісковець правильно, на нашу думку, пропонує встановити, щоб землевласники і землекористувачі, даючи дозвіл на проведення розвідувальних робіт, одночасно вирішували питання про передачу необхідних земельних ділянок для добування корисних копалин, якщо результати розвідки будуть позитивними.

Згідно статті 18 Кодексу України про надра земельні ділянки для користування надрами надаються користувачам надр після одержання ними спеціальних дозволів на користування надрами чи гірничих відводів. Стаття 66 Земельного кодексу України передбачає ще одну умову надання земельних ділянок для потреб, пов’язаних з користуванням надрами, а саме відновлення земель згідно із затвердженим проектом рекультивації на раніше відпрацьованих площах у встановлені строки.

Землевласниками і землекористувачами зазначених земель є користувачі надр. Стаття 13 Кодексу України про надра визначає, що користувачами надр можуть бути підприємства, установи, організації, громадяни України, а також іноземні юридичні особи та громадяни. Проте стаття 16 даного кодексу детальніше визначає користувачів надр. До них належать: спеціалізовані підприємства, установи і організації, а також громадяни, які мають відповідну кваліфікацію, матеріально-технічні та економічні можвивості для користування надрами.

Особливістю правового режиму земель, наданих для користування надрами є вимога привести земельні ділянки, порушені при користуванні надрами, в стан, придатний для подальшого їх використання у суспільному виробництві. Відновлення земель має здійснюватися згідно із затвердженим у встановленому порядку проектом рекультивації земель і у визначені строки. Відповідно до пункту 3 статті 166 Земельного кодексу України для рекультивації порушених земель використовується грунт, знятий при проведенні геологорозвідувальних та інших робіт, шляхом його нанесення на малопродуктивні ділянки або на ділянки для ґрунтового покриву.

Отже, з врахуванням вище зазначеного вважаємо, що правовий режим земель, наданих для користування надрами – це особлива цілісна система правового регулювання відносин по використанню і охороні цих земель, з метою їх раціонального використання, встановлена нормами земельного та гірничого законодавства.

ПРАВОВІ ФОРМИ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕЕНЯ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Землями сільськогосподарського призначення визнаються землі, які використовуються як основний засіб сільськогосподарського виробництва, для здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, як просторово-операційний базис для розміщення сільськогосподарської виробничої інфраструктури. Основним критерієм віднесення земельних ділянок до цієї категорії земельного фонду є надання їх конкретним суб'єктам для сільськогосподарського використання на підставі відповідного адміністративного акту Крім того, землями сільськогосподарського призначення є землі , які призначені для сільськогосподарських цілей (знову таки у публічно-правовому порядку), однак тимчасово не використовуються. Це якраз є тим випадком, коли земельні ділянки, які не надані у власність або користування громадян та юридичних осіб, перебувають у запасі (п. 2. ст. 19 Земельного кодексу України).

Для збереження і охорони земель сільськогосподарського призначення встановлено пріоритетний правовий режим, який має загальний превентивний характер. Статтю 23 Земельного кодексу України, яка визначає правові аспекти пріоритетності земель сільськогосподарського призначення, необхідно доповнити забороною зміни цільового призначення цих земель (тобто забороною переведення їх в іншу категорію). Чинним Земельним кодексом такі обмеження передбачені лише щодо особливо цінних земель (ст. 150 ЗК України).

Землі сільськогосподарського призначення можуть використовуватися у різних правових формах. Однак законодавством України не визначено ні поняття, ні видів правових форм використання земель. Розділ ІІІ Земельного кодексу має назву «Права на землю», однак цей термін не є юридично коректним, бо близький за звучанням із терміном «земельні права», через це може допускатися їх ототожнення, що є зовсім невиправдано, адже зміст прав на землю є набагато ширшим від змісту земельних прав.

Земельним кодексом України передбачено наступні права на землю:

- право власності на землю у трьох різновидах : приватної, комунальної та державної власності;
- право користування землею: постійного користування, оренди і концесії;
- право земельного сервітуту;
- право суперфіцію;
- право емфітевзису.

На нашу думку, варто оперувати терміном «правові форми використання земель», який відразу дозволяє визначити, хто і на яких правових підставах використовує ту чи іншу земельну ділянку. У російській земельно-правовій доктрині використовується термін «правовий титул» використання землі (або земельно-правовий титул), однак в українському земельному законодавстві він має дуже мало шансів для імплементації.

© Ващишин М., 2008

То що ж таке «правова форма використання земель»? Відразу необхідно зауважити, що цей термін не є тотожнім з терміном «користування землею» як однією з правомочностей власника , бо має самостійний правовстановлюючий характер. Тому, правова форма використання земель – це визначена Земельним кодексом підстава виникнення права на земельну ділянку, оформлена у встановленому законом порядку, яка має правовстановлюючий і правовизначальний характер.

Так, ст.125 Земельного кодексу України передбачає, що право власності та право постійного користування на земельну ділянку виникає після одержання відповідного документа, що посвідчує право на землю та його державної реєстрації. Право на оренду земельної ділянки виникає після укладення договору оренди і його державної реєстрації. Юридичним складом (комплексом необхідних юридичних фактів), що дозволяють приступити до використання земельної ділянки є:

- встановлення меж земельної ділянки в натурі (на місцевості);
- одержання документа, що посвідчує право на землю (правовстановлюючого документа);
- державна реєстрація права на землю.

Глава 5 Земельного кодексу України «Землі сільськогосподарського призначення» структурована за суб'єктами землевикористання, однак спільність характерних ознак дозволяє її згрупувати за правовими формами земле використання:

- право постійного користування;
- право приватної власності;
- оренда;
- емфітевзис.

Право постійного користування земельними ділянками сільськогосподарського призначення належить виключно державним і комунальним сільськогосподарським підприємствам, установам і організаціям. Ці землі перебувають у державній чи комунальній власності відповідно, однак в силу специфічності власника (держава чи територіальна громада) не можуть ними безпосередньо використовуватися. Державні і комунальні сільськогосподарські підприємства, установи і організації використовують землі для ведення товарного сільськогосподарського виробництва та з науково-дослідною чи навчальною метою. При потребі ці суб'єкти можуть додатково орендувати земельні ділянки, які на праві приватної власності належать громадянам чи юридичним особам.

Право приватної власності на землі сільськогосподарського призначення належить виключно громадянам України і юридичним особам України. Землі сільськогосподарського призначення, успадковані іноземцями чи особами без громадянства мають бути відчужені ними протягом року з моменту прийняття спадщини.

Підставами набуття права власності на землі сільськогосподарського призначення для недержавних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій є:

- внесення земельних ділянок до статутного фонду засновниками;
- придбання земельних ділянок за цивільно-правовими угодами.

Серед усіх сільськогосподарських підприємств особливий правовий режим земель сільськогосподарського призначення притаманний фермерським господарствам. Лише для фермерських господарств як юридичних осіб приватного права передбачена можливість безоплатної приватизації земельних ділянок членами цих господарств у розмірі земельної частки (паю) члена сільськогосподарського підприємства, розташованого на території відповідної ради. При цьому обов'язковою передумовою такої приватизації є створення господарства до 1 січня 2002 року (до набрання чинності Земельним кодексом України) і використання ним земельних ділянок на праві постійного чи тимчасового користування. Широке тлумачення норм глави 15 Земельного кодексу «Право користування землею» дозволяє вважати наданими у користування і орендованих фермерськими господарствами земельних ділянок, за умови, що об'єктами оренди були землі державної чи комунальної власності.

Суб'єктами сільськогосподарського землевикористання можуть бути і несільськогосподарські підприємства, установи й організації для ведення підсобного господарства. З них юридичні особи публічного права можуть землі лише орендувати, а юридичні особи приватного права – і орендувати, і набувати у власність.

Законом України «Про особисте селянське господарство» передбачено, що для ведення цього господарства громадяни України можуть мати на праві власності або орендувати земельні ділянки сільськогосподарського призначення, а іноземці й особи без громадянства – лише орендувати. Максимальні розміри земельних ділянок, які можуть бути на праві власності для ведення особистого селянського господарства – 2га, однак цей розмір може бути збільшений у разі приєднання земельної частки (паю). Різновидами права приватної власності у особистому селянському господарстві є:

- індивідуальна власність, якщо господарство ведеться одноособово;
- спільна сумісна власність, якщо членами особистого селянського господарства є подружжя;
- спільна часткова власність.

Громадяни України мають права набувати у приватну власність землі сільськогосподарського призначення для садівництва. Практична реалізація цього права може відбуватися як індивідуально, так і колективно у формі садівницького товариства. Причому кожен член садівницького товариства має право приватизувати земельну ділянку без згоди на те інших членів цього товариства.

Окремою і досить поширеною правовою формою використання земель сільськогосподарського призначення є оренда земельних ділянок. Право орендувати землі сільськогосподарського призначення має найбільше коло суб'єктів :

- державні і комунальні сільськогосподарські підприємства, установи і організації із земель, які належать громадянам і юридичним особам;
- фермерські і особисті селянські господарства;
- фізичні особи для сінокосіння і випасання худоби;
- фізичні особи для садівництва (індивідуального або колективного);
- фізичні особи та їх об'єднання для городництва;
- приватні, державні та комунальні несільськогосподарські підприємства, установи та організації для ведення підсобного господарства.

На відміну від інших правових форм використання земель, лише для оренди земельної ділянки передбачене спеціальне законодавче забезпечення – Закон України «Про оренду землі» від 2 жовтня 2003 року. Однак, на відміну від першої редакції цього закону від 6 жовтня 1998 року, чинна редакція не містить підвищених вимог до особи орендаря земельної ділянки сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. Ним могли бути лише ті юридичні особи, установчими документами яких передбачено здійснення цього виду діяльності, а також фізичні особи, які мають необхідну кваліфікацію або досвід роботи в сільському господарстві. Така норма була виправдана з точки зору вимог охорони і раціонального використання земель сільськогосподарського призначення і залишається актуальною сьогодні, а тому заслуговує на законодавче відродження.

Емфітевзис і суперфіцій були запроваджені Цивільним Кодексом України 2003 року, однак у земельне право України були імплементовані лише 27 квітня 2007 року. Емфітевзис як правова форма використання земель сільськогосподарського призначення належить до речових прав на чуже майно і є правом користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб. Емфітевзис встановлюється (виникає) на підставі договору між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою у сільськогосподарських цілях. Емфітевзис може відчужуватися або успадковуватися. Варто погодитися з Д.В. Бусуйок , яка відносить емфітевзис і суперфіцій до обмежень прав на землю і вважає, що при можливості набуття емфітевзису та суперфіцію за ціною, що дорівнює вартості земельної ділянки і подібності цих інститутів з інститутом оренди земельної ділянки недоцільна імплементація емфітевзису і суперфіцію в земельне право України. До того ж, порядок укладення договорів про надання права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзису) визначається не Земельним, а Цивільним кодексом України.

Підсумовуючи проведене дослідження, можна сформулювати наступне поняття правової форми використання земель сільськогосподарського призначення – це визначене законом і оформлене у встановленому законом порядку право суб’єкта безпосередньо здійснювати експлуатацію земельної ділянки сільськогосподарського призначення відповідно до вимог раціонального і цільового використання.

ПРО ПОНЯТТЯ ПРАВА ДОВКІЛЛЯ

Пилипенко П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відомо, що ефективність правового забезпечення чималою мірою залежать від стану систематизації законодавства, від того, наскільки об'єктивно та чи інша галузь права займає своє місце у системі права. Важливо також, щоб відповідні суспільні стосунки, які лежать в основі поділу цієї системи на окремі галузі адекватно відображали потреби екологічного й соціального розвитку держави і при цьому потребували свого врегулювання з допомогою правових норм. Тому, вже зараз можна окреслити достатньо підстав, що засвідчують необхідність виділення в системі галузей вітчизняного права такої важливої галузі, як *право довкілля*.

Широкому загалу юристів право довкілля добре відоме як екологічне право. Саме з такою назвою його навчають студентів, позначають галузь права і використовують у юридичній науковій та навчальній літературі. Щоправда, були часи коли право довкілля називали також "правом охорони природи", "природоресурсовим правом", "природоохоронним правом" або "природоресурсовим та природоохоронним правом" чи "правом навколишнього середовища".

Такий доволі широкий спектр найменування системи правових норм, що покликані регулювати відповідну сферу суспільних відносин є наслідком впливу на формування назви цієї галузі права як об'єктивних так і суб'єктивних чинників. Перші були пов'язані з трансформацією відносин, що об'єктивно відбувалася в міру розвитку суспільства і потребувала втручання правових приписів для забезпечення балансу взаємодії природи і суспільства. На самому початку ці відносини зводилися до елементарного використання природних ресурсів, а з часом переросли в охорону цих ресурсів у процесі їхнього використання. Тим самим, змінювався предмет правового регулювання – змінювалася назва галузевих норм. Суб'єктивні ж чинники, що мали вплив на формулювання назви цієї правової спільності пов'язані із розвитком правничої науки у галузі охорони довкілля та виражали деяку спільну ідею провідних вчених-екологів звести до єдиного знаменника усі існуючі на той час правові норми і подати їх як єдину галузь права.

Свою найбільш вживану тепер назву "екологічне право" ці норми отримали починаючи з 80-х років минулого століття. Тоді у Віснику Московського університету було організовано так званий "круглий стіл", який присвятили виробленню концепції екологічного права, де чимало науковців підтримали саме за таку назву цієї галузі права і навчальної дисципліни. І хоча особливих аргументів в користь згаданої назви висловлено не було, завдяки вольовому рішенню природоресурсове та природоохоронне право були перейменовані у екологічне право.

Вважається, що назва тієї чи іншої галузі права повинна відображати специфіку певних суспільних відносин, що є предметом правового регулювання відповідних норм, а також враховувати історичний досвід формування зарубіжної та вітчизняної системи права. І саме з огляду на ці критерії назва "екологічне право" навряд чи може вважатися достатньо коректною. Адже, якщо

© Пилипенко П., 2008

проаналізувати етимологію слова "екологія", то у перекладі з грецької (oikos – оселя, середовище й logos – поняття, вчення) воно означатиме не що інше, як "вчення про середовище".

Тим самим, застосувавши цей термін до назви галузі права матимемо буквально – ***право науки про середовище.*** Очевидно, що така назва навряд чи може вважатися прийнятною і задовольняти вимоги правничої думки та юридичної практики. Адже об'єктом регулювання не може виступати система знань про взаємодію суспільства й природи, ним може бути саме довкілля.

Важливо відзначити, що проблема назви "екологічне право" неодноразово піднімалася у наукових юридичних колах і при цьому зазвичай робились спроби привести її у відповідність, в тому числі й з існуючою міжнародною практикою, яка склалася у країнах з розвиненою демократією для регулювання відносин у сфері охорони довкілля. Однак спроби ці врешті решт завершувались невдало і як видається саме через те, що у перекладі на російську мову відповідний англійський чи німецький аналог видавався таким же нелогічним, як і назва екологічне право.

Річ у тім, що у англомовних країнах відповідна галузь права має назву Environmental law, а у Франції і Німеччині вона звучить відповідно як: droit de l`environnment та Umweltrecht. Дослівно на російську мову усі ці назви перекладаються як – "право окружающей среды". І чимало науковців саме так і пропонують називати теперішнє екологічне право. Та якраз тут і вбачається ось та друга недоречність зазначеної назви.

Відомий російський вчений Н.Ф. Реймерс, зокрема наголошує, що у словосполученні "окружающая среда" дуже виразно можна побачити тавтологію, яка є характерною для перекладу з англійської – "environment" чи німецької "umwelt". Він вважає, що такий переклад є не правильним, оскільки в російській мові слово "окружающий" вимагає додаткового уточнення – окружающий *кого.* Тобто, до назви "право окружающей среды" на його думку логічно було б додати слово "окружающей *человека* среды".

Вітчизняні науковці, які займаються проблемами екологічного права зазвичай користуються російськомовними джерелами, а тому на українську мову – "право окружающей среды" перекладають як – "право навколишнього середовища". А у такому формулюванні український варіант назви нічим особливим не відрізняється від свого російського аналогу, і тому зберігає усі його тавтологічні властивості.

Якщо ж вдатися до спроб дослівного перекладу вже згадуваних англійського "environment", французького "l`environnment" чи німецького "umwelt", то усі вони українською мовою звучатимуть, як – *довкілля.* Отже, Environmental law або Umweltrecht могли би подаватися українською мовою, як *право довкілля.* І до речі, саме цим терміном послугується законодавець, проголошуючи у ст.50 Основного закону право кожного на безпечне для життя і здоров'я *довкілля* та гарантуючи при цьому право вільного доступу до інформації про стан останнього.

Великий тлумачний словник сучасної української мови подає слово "довкілля" як навколишнє середовище, оточення, у якому існує жива істота, організм. Варто також наголосити, що довкілля є однією з найбільш фундаментальних категорій сучасної науки та практики. Саме довкілля, а не

природа виступає інтегрованим об'єктом правового регулювання суспільних відносин на сучасному етапі як у вітчизняному, так і в міжнародному праві.

Як об'єкт законодавства поняття "довкілля" у країнах з розвиненою ринковою економікою набуло поширення у 60-70 роках минулого століття. Це якраз той період, коли стан природи досягнув свого кризового рівня. В Україні зазначена проблема отримала своє юридичне закріплення у законі "Про охорону навколишнього природного середовища" від 25 червня 1991 р.

Це були часи все ще радянської системи права, а тому й назва законодавчого акту нічим не відрізняється від домінуючої на той час доктрини про навколишнє природне середовище, (а не – довкілля), як об'єкт правової охорони. Лише з ухваленням у 1996 році Конституції України термін *довкілля* отримав своє легальне закріплення.

До речі, на проблему розмаїття назв відповідної галузі права звертає увагу відомий фахівець вітчизняної правничої науки Ю.С. Шемшученко. Цитуючи Р. Декарта, який писав, що можна уникнути половини помилок, якщо домовитись про поняття, він зокрема наголошує, що "... ми мусимо адаптувати свою еколого-правову термінологію до міжнародних стандартів. Ситуацію, коли одна й та сама галузь права називається по різному (екологічне право, право охорони навколишнього середовища, право охорони довкілля), не можна вважати нормальною".

Назва "право довкілля" видається на перший погляд дещо незвичною для вітчизняного правника. Традиційно слово "право", що є основним у цьому формулюванні ставиться в українському вживанні на другу позицію. Та видається, що таку послідовність можна пояснити хіба що мовними традиціями. Адже, від того, що ми цивільне право назвемо "правом цивільним" – суть останнього, як системи норм, що регулює майнові відносини не зміниться. Більше того формулювання аналогічного плану вже давно використовує вітчизняна система права. І тут прикладом може бути – право соціального забезпечення.

Отже, *право довкілля,* як галузь вітчизняного права в такому своєму найменуванні цілком адекватно відображатиме сутність тих відносин, які виступають предметом правового регулювання у сфері охорони навколишнього середовища, раціонального використання ресурсів природи та забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини.

Як система норм *право довкілля* є предметом вивчення його юридичного наукового і представляє собою систему об'єктивованих знань про поняття, становлення, закономірності розвитку та принципи галузі права. Здобутки і досягнення науки права довкілля можуть отримати своє безпосереднє втілення як у сфері правотворення, так і у сфері правозастосування. Їх успішно можна застосувати і у навчальному процесі для вивчення *права довкілля як навчальної дисципліни.* І хоч у навчальних планах та програмах вона все ще фігурує під назвою *екологічне право* існує тим не менше надія, що з часом об'єктивні чинники все ж візьмуть гору над суб'єктивними підходами які мали вплив на формулювання назви цієї важливої галузі права. І в Україні студенти вивчатимуть не екологічне право, а право довкілля, як це існує у багатьох зарубіжних державах.

МОРАТОРІЙ НА ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ: СКАСУВАТИ ЧИ ПРОДОВЖИТИ?

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Земельна реформа, яка триває в Україні вже 15 років, кардинально змінила структуру земельної власності. Ще у 1992 році, з прийняттям Земельного кодексу України від 13 березня 1992 року, відбулася юридична демонополізація права власності на землю й була закріплена різноманітність форм власності на землі. Найбільшим досягненням у цьому аспекті можна вважати розвиток відносин приватної власності на землю в Україні.

Формально власники земельних ділянок отримали й право розпорядження ними. Жодних обмежень цього права закон не передбачав. Проте практично реалізувати його, особливо щодо земель сільськогосподарського призначення, було майже неможливо, оскільки були істотні проблеми з посвідченням права власності на землю. Державні акти майже не видавалися, що унеможливлювало укладення договорів про відчуження земель.

Тільки наприкінці 1990-х років було налагоджено видачу Державних актів про право власності на землю, що надало істотного поштовху ринку земель сільськогосподарського призначення. Проте тривала така ситуація недовго.

Чинний Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року, що вступив в силу 1 січня 2002 року, запровадив заборону для громадян та юридичних осіб, що мали у власності земельні ділянки для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, а також для власників земельних паїв продавати або іншим способом відчужувати належні їм земельні ділянки та земельні частки (паї). Дія мораторію передбачалася до 1 січня 2005 року. Проте згодом його декілька разів було продовжено, і сьогодні він діє до 1 січня 2008 року.

Разом з тим, останній раз мораторій було продовжено за умови набрання чинності законами України про державний земельний кадастр та про ринок земель, що повинні визначити особливості обігу земель державної та комунальної власності і земель товарного сільськогосподарського виробництва. Таким чином, мораторій продовжено фактично на невизначений строк, оскільки прийняття зазначених законів навіть у найближчій перспективі не передбачається. Необхідно нагадати, що проекти законів "Про державний земельний кадастр" та "Про ринок землі" вже неодноразово розглядалися у парламенті, проте остаточно прийняті не були.

Штучне стримування вільного ринкового обігу земельних ділянок суперечить Конституції України, зокрема, статтям 14 (гарантує право власності на землю) та 41 (закріплює можливість власника вільно розпоряджатися своїм майном). Стаття 22 Конституції України проголошує, що конституційні права гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. По суті, продовження мораторію істотно звужує конституційні права громадян щодо розпорядження своєю власністю, а тому не може вважатися конституційним.

© Федорович В., 2008

Є певний резон й у противників скасування мораторію, яких на момент його продовження у Верховній Раді, була абсолютна більшість серед народних депутатів. Дійсно, без багатьох законів, які ще необхідно прийняти, організувати цивілізований ринок землі досить важко. Законодавчо не визначено багатьох критеріїв, які б мали характеризувати ринок сільськогосподарських земель: мінімальний рівень вартості, обмеження для іноземців, норми володіння ними одним суб'єктом і т.і.

Однак, незважаючи на майже п'ятирічну дію мораторію, землі сільськогосподарського призначення активно продаються та купуються, для чого використовуються недоліки й прогалини чинного законодавства. За оцінками експертів, за останні чотири роки в обхід мораторію було продано 4,7 млн. гектарів земельних паїв. Щорічний тіньовий обіг на цьому ринку становить 50-60 млн. доларів.

Серед найбільш поширених способів відчуження земель сільськогосподарського призначення в обхід існуючих заборон можна виділити:

— відчуження земельної ділянки за договором міни. Такий спосіб активно використовувався протягом 2002-2004 років, поки у Перехідні положення Земельного кодексу не були внесені певні зміни, що заборонили міну земель сільськогосподарського призначення;

— укладання попередніх договорів відчуження земель, коли продавець і покупець беруть на себе зобов'язання укласти договір купівлі-продажу у майбутньому на заздалегідь визначених умовах. Одночасно з попереднім договором переважно укладали договір оренди цієї ж ділянки, що давало можливість використовувати її до укладення основного договору;

— продаж земельних ділянок за борги, коли рішенням суду кредитору в забезпечення позовних вимог передається право власності на земельну ділянку;

— набули поширення й деякі інші способи відчуження земель сільськогосподарського призначення, наприклад, придбання власника земель (юридичної особи) з усіма його майновими правами.

Наявність активного "тіньового" ринку земель сільськогосподарського призначення багато в чому пояснює " прихильність" до продовження мораторію. Адже доступ до відчуження земель сільськогосподарського призначення невеликої кількості осіб ставить їх у привілейоване становище. При легалізації ринку може з'явитися істотна конкуренція з боку іноземних інвесторів. Крім того, вважають, що при цьому може істотно зрости вартість земельних ділянок.

Крім того, необхідно враховувати, що переважна більшість земель сільськогосподарського призначення сьогодні використовується на умовах оренди, що при мізерній орендній платі дозволяє використовувати їх практично безоплатно.

За даними Держкомзему, до жовтня 2002 року вісім з десяти власників сертифікатів здали свої ділянки в оренду. Загалом на той час було зареєстровано 5,5 млн. договорів оренди, а площа орендованих паїв становила 22 млн. га. Середній розмір орендної плати становить 112 грн. за 1 га землі.

Таким чином, практична неможливість легально продати земельну ділянку сільськогосподарського призначення примушує їх власників майже за безцінь здавати їх в оренду. Сьогодні більшість земель сільськогосподарського призначення в Україні перебувають у довготерміновій оренді. Зрозуміло, що така

ситуація є надзвичайно вигідною для таких "орендарів", які в основному перетворюються на великих латифундистів і є основними лоббістами продовження мораторію.

В умовах дії мораторію основними продавцями земель були місцеві органи влади. За оцінками експертів, приблизно 75% усього тіньового обігу землі здійснюються саме при їх сприянні. Сьогодні приватним власникам заборонено змінювати цільове призначення земель сільськогосподарського призначення, що раніше давало можливість продавати їх як землі особистих селянських господарств. Тепер цільове призначення можна змінювати тільки у державних і комунальних земель. Фактично така ситуація робить органи місцевого самоврядування єдиними законними продавцями земель сільськогосподарського призначення у сучасних умовах, чим вони досить часто користуються. Отже, органи місцевої влади теж не зацікавлені у скасуванні мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення.

Єдиними зацікавленими у скасуванні мораторію особами є селяни – власники земель. Адже встановлення мораторію має для сільських жителів і досить негативні соціальні наслідки. Із майже 7 млн. власників земельних паїв в Україні майже дві третини – пенсіонери та люди похилого віку, які не можуть самостійно вести товарне сільськогосподарське виробництво.

Невисокий рівень матеріального забезпечення селян міг би істотно покращитися за рахунок продажу неналежних їм на праві власності земельних ділянок та земельних паїв. Використання тіньових схем продажу земельних ділянок диктує їх надзвичайно низьку ціну. Все це обумовлює масове використання оренди як практично єдиного способу використання земельних паїв. Проте оренда теж не вирішує питання матеріального забезпечення власників земельних ділянок.

Мораторій практично зводить нанівець інвестиційну привабливість аграрного сектора. Земля не може бути об’єктом застави внаслідок чого сільгоспвиробники позбавлені доступу до довгострокових кредитних ресурсів і змушені користуватися короткостроковими кредитами, які, крім високої вартості, не дають можливості "пом’якшити" ризики, що пов’язані з можливими неврожаями в окремі роки та можуть привести власників до банкрутства.

Підсумовуючи все вищесказане, можна дійти висновку, що незважаючи на формальну заборону, ринок земель сільськогосподарського призначення фактично існує завдяки різним тіньовим схемам. Для виправлення ситуації необхідно створити справжній ринок, належно забезпечивши його правовими засобами і скасувавши мораторій на відчуження земель сільськогосподарського призначення.

СПІВВІДНОШЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ТА ЕКОЛОГІЧНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ.

Чопко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Високий рівень розвитку промисловості, сільського господарства і транспорту, пов'язаний з науково-технічним прогресом, урбанізація та інтенсивне господарське освоєння територій поставило перед державою цілий ряд проблем, найбільш складною і актуальною з яких на сучасному етапі є збереження якісного природного середовища. При цьому варто зауважити, що це не остання проблема, яка виникає перед державою у сфері екології, а це і раціональне використання природних ресурсів, підтримка екологічної рівноваги загалом.

Наскільки ефективно вирішує держава ці проблеми? Відповідь на це запитання можна отримати, дослідивши таке поняття як політика держави у сфері екології.

Загалом, «політика» як соціальне явище – це особлива діяльність по управлінню державою, суспільством специфічним засобом – владою, мова йде про політичну владу – «як один із проявів влади, що характеризується реальною здатністю певної соціальної спільності (класу, нації або іншої соціальної спільності), а також індивідів, які відображають її інтереси здійснювати, реалізувати свою волю за допомогою політики і правових норм». Правовим відображенням політичної влади держави є «Основні напрями політики України в галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» затверджені Постановою Верховної Ради України від 5 березня 1998 р.

Вищеназваний документ на державному рівні закріплює довгострокову державну стратегію розв’язання екологічних проблем. Екологічна політика держави базується на поєднані розв’язання економічних та екологічних проблем в процесі реформ в країні.

Важливою складовою екологічної політики України є регіональна політика у сфері охорони довкілля та використання природних ресурсів, основними пріоритетами якої є:

- впровадження екологічної складової в регіональні та місцеві плани соціально-економічного розвитку;
- формування механізму фінансової підтримки природоохоронної діяльності на регіональному рівні.

Як вважає В.О. Мариненко, політика у галузі охорони довкілля та раціонального і ощадливого природокористування невід’ємна від головних механізмів її реалізації – екологічних програм. В Україні розробляються регіональні плани та програми дій, затверджених обласними, Київською та Севастопольською міськими радами у сфері охорони довкілля. Метою цих програм є розробка і реалізація заходів, насамперед позачергових, із забезпечення екологічної безпеки, стабілізації і поступового поліпшення стану довкілля,

© Чопко Х., 2008

раціонального використання і відтворення природних ресурсів, координація дій органів влади і господарських суб'єктів. Природоохоронні програми спрямовані на поліпшення якості повітря, води, на розвиток заповідної справи, на створення єдиної екологічної мережі, запровадження і додержання принципів екологічно збалансованого розвитку. Одним із головних напрямів екологічної політики держави є впровадження інвестиційних проектів екологічного спрямування та збільшення площ територій природно-заповідного фонду.

Характеристика поняття «політика держави у сфері екології» буде неповною без визначення поняття «екологічна функція держави».

Загалом, екологічна функція держави довгий час не визнавалась в юридичній літературі самостійною і розглядалася лише як складова господарсько-організаційної і культурно-виховної функцій держави. Лише з початку 70- х років минулого століття дана функція держави починає розглядатися в теорії держави і права, конституційному праві як самостійна функція. Відсутня була і єдність думок щодо її назви, іноді цю функцію називали природоохоронною, але як стверджує професор Л.Р. Наливайко екологічна діяльність держави є більш широка і різноманітна і не може бути зведена лише до системи заходів по охороні навколишнього середовища.

Сам термін „функція" у перекладі з лат. мови – functio означає виконання, звершення, здійснення. У юридичній літературі цей термін з'явився сто років тому для характеристики таких соціальних явищ як право, держава. Застосування терміну «функції держави» обґрунтовується наступним чином:

- у функціях виявляється сутність держави, її соціальне призначення, тому дослідження функцій є складовою характеристики держави;
- функції держави визначають структуру її діяльності, тобто закономірності організації елементів держави як складної за будовою системи;
- з функціями держави пов'язані закономірності її становлення, розвитку, історичної зміни держав одних історичних типів іншими;
- функції держави визначають її можливості як повноцінного та суверенного суб'єкта міжнародних відносин та її роль у системі міжнародного права.

Як стверджує з цього приводу Ю.М. Оборотов, характеристика функцій держави як основних напрямів її діяльності та зміст цієї діяльності дає можливість перейти від поняття функцій держави до поняття державної політики.

Таким чином, за допомогою аналізу екологічної функції держави є можливість з досить високою точністю визначити характер діяльності держави у сфері екології, правильність вибору нею пріоритетів, а основне -рівень ефективності екологічної політики держави.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬ ЗЛОЧИНИ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Андріїв І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема особистості злочинця видається однією із головних та найбільш складних у кримінології. Кримінологи зазначають, що "через особистість" можуть виявлятися і ті соціальні умови, які стоять за злочинною поведінкою. В цьому випадку дослідник спочатку вивчає особистість, виявляє відповідні криміногенні характеристики і умови, що сформували їх, а потім вже на цій основі робить висновки ширшого плану, вказує на соціальні процеси і явища, що носять криміногенний характер. Слід зазначити, що без ретельного аналізу останніх неможливо створити дієві механізми попереджувального впливу.

За даними кримінологічних досліджень серед неповнолітніх осіб, які вчиняють злочини в країнах Євросоюзу найбільшою є частка осіб чоловічої статі (від 77% до 92% в окремих країнах); дівчата вчиняють злочини рідше – вони складають 14-20% серед неповнолітніх злочинців. Такий результат цілком відбиває загальні тенденції злочинності та є закономірним.

Слід зазначити, що до початку 70-х років минулого століття злочинність дівчат майже не досліджувалася у європейській кримінології, оскільки цією категорією осіб вчинялося дуже мало злочинів (менше 3%). Саме тому в ряді західноєвропейських країн, зокрема в Нідерландах, не існувало жіночих тюрем.

Зріст жіночої злочинності відбувся починаючи з кінця 70-х років минулого століття майже у всіх західноєвропейських країнах, на що вказують ряд кримінологічних досліджень. Причинами такої тенденції, на думку зарубіжних кримінологів, є збільшення участі жінок у соціальному та економічному житті суспільства, схожістю способу життя сучасних чоловіків та жінок.

Однак, як уже попередньо зазначалося, більшість злочинів в країнах ЄС вчиняється особами чоловічої статі. Зокрема, у Нідерландах хлопці вчиняють 70-75% усіх злочинів, які вчиняються неповнолітніми. Дівчата вчиняють злочини рідше – приблизно 25% усіх злочинів, які вчиняють неповнолітні. Здебільшого це злочини проти власності (80% усіх злочинів цієї категорії), рідше знищення та пошкодження майна (6%) та злочини проти громадського порядку (3%).

В Англії та Уельсі особи чоловічої статі також вчиняють близько 75% усіх злочинів, які вчиняються неповнолітніми. Найчастіше це злочини проти власності (52%), однак їх частка є меншою у порівнянні із дівчатами. Хлопці найчастіше вчиняють грабежі (17%), знищення та пошкодження майна (11%), насильницькі злочини (20%). Дівчата вчиняють більше злочинів проти власності (65%), менше грабежів (14%), знищення та пошкодження майна (11%), а також вдвічі менше насильницьких злочинів (10%)

У кримінології прийнято аналізувати вікові ознаки неповнолітніх, які вчиняють злочини, у двох аспектах. Перший, коли визначається вікова структура за

© Андріїв І., 2008

окремими видами злочинів, які вчиняються неповнолітніми (характеристика злочинів за ознакою віку їх суб'єктів). Другий аспект – це визначення для кожної вікової групи неповнолітніх найбільш типових злочинів, які мають найбільшу питому вагу (характеристика вікових груп у розрізі вчинюваних ними злочинів).

По кожному із них кримінологами накопичені дослідницькі дані. Відповідно до англійських кримінологічних досліджень найбільшу кримінальну активність проявляють неповнолітні особи у віці 14-18 років, найменшу – у віці 12-13 років. Середній вік, у якому починають вчиняти злочини хлопці – 13,5 років, дівчата – 14 років. Найбільшу кримінальну активність серед осіб чоловічої статі виявлено у віці 18 років, а серед осіб жіночої статі пік злочинної активності припадає на 14 років.

Слід зазначити, що тенденція до збільшення кримінальної активності неповнолітніх із збільшенням їх віку є характерною для інших країн Євросоюзу. Зокрема, голландські та французькі учені дослідили, що найбільш кримінальну активність виявляють особи у віці від 15 до 25 років.

Значна частина неповнолітніх, які вчиняють злочини – представники етнічного населення західноєвропейських країн. Слід зазначити, що проблема злочинності вихідців із національних меншин та емігрантів висвітлюється у європейській кримінологічній літературі по-різному. Видається, це пов'язано із актуальністю та гостротою проблеми еміграції та її наслідків для суспільства в західноєвропейських країнах.

Справа в тому, що сьогодні Іспанія залишилася чи не єдиною західноєвропейською країною, в якій існує лише одна велика національна меншина – цигани, які за даними експертів становлять 1,8% населення країни. В інших країнах Євросоюзу ситуація є значно складнішою. В Нідерландах, наприклад, суринамці, жителі антільських островів, турки та мароканці становлять майже 7% населення країни. Найбільшою є їх концентрація у великих містах – вони становлять 1/3 населення Амстердама, Роттердама та Гааги. Майже 40% населення цих міст у віці до 30 р. – вихідці із національних меншин. Більше того, майже 2/3 населення турецького та мароканського походження знаходяться у віці до 30 років, суринамців – 60%, у той час як голлндське населення у віці до 30 років становить лише 40%! Схожою є ситуація в Англії, де національні меншини складають 6% населення країни; 1/3 із них африканського або афро-карибського походження, майже половина – азійського; із них одна особа із трьох є у віці до 16 років на відміну від білого населення країни, серед яких одна особа із п'яти 16-річного віку.

У пресі широко висвітлюються злочини, які вчиняються емігрантами або вихідцями із національних меншин, тому у західноєвропейських суспільствах вчинення злочинів асоціюється широкою громадськістю саме із цими категоріями населення. Насправді це не зовсім так. Зокрема, британські вчені С.Кемпбел, Д.Міллер, С.Флуд-Пейдж провівши дослідження злочинності неповнолітніх у 1998-1999 р.р. дійшли до висновку, що різниця між кількістю неповнолітніх етнічних англійців та вихідців із національних меншин, які вчинили злочини є статистично незначною; за їхніми даними щодо окремих видів злочинів етнічні англійці є навіть більш кримінально активними.

В той же час голландський кримінолог М.Янгер дослідила, що рівень злочинності серед неповнолітніх, які походять із марокканських, карибських та суринамських національних меншин є значно вищим, ніж серед етнічних голландців. Слід зазначити, що дослідження інших голландських кримінологів ці дані не підтвердили.

На статистичному рівні та за результатами вибіркових досліджень постійно фіксуються суттєві розбіжності злочинної активності неповнолітніх в залежності від роду їх занять. За цією ознакою у кримінології виділяють неповнолітніх, які не працюють і не навчаються; які працюють і навчаються; учні шкіл, студенти вузів.

Упродовж останніх років в західноєвропейських країнах виявляється тенденція помітного зближення майже всіх (за виключенням тих, що не працюють і не навчаються) категорій неповнолітніх за рівнем їхньої злочинної активності. Схожою є ситуація в Україні. Однак слід зазначити, що тут це зближення відбувається в основному за рахунок значного зросту злочинів серед тих категорій неповнолітніх, які раніше вважалися благополучними.

Виявлена тенденція свідчить про складні та неоднозначні взаємозв'язки між збільшенням освітнього рівня неповнолітніх та їх поведінкою. Видається, що за таких умов не є задовільними прямолінійні оцінки типу „низький освітній рівень – низька професійна кваліфікація- злочинний тип особистості".

Неповнолітніх злочинців відрізняє від їхніх однолітків, котрі не вчиняли злочинів яскраво виражений індивідуалізм та егоїзм, турбота перш за все про особистий матеріальний і емоційний комфорт, орієнтація на вчинки і життя за принципом "як хочеться". Для досягнення своїх цілей вони здатні використовувати будь-які засоби, не обмежуючись жодними етичними і правовими рамками – фізичну силу, "щасливий випадок", різного роду сприятливі зовнішні умови і т.д. Ієрархія цінностей у неповнолітніх злочинців спотворена таким чином, що особисті інтереси ставляться ними вище за закон, інтереси суспільства та інших осіб. Все частіше злочини вчиняються ними без певної мотивації, з нудоти і для розваги, здобуття нових, незвичайних відчуттів (так звані злочини ігрового типу (play type).

Життєві плани неповнолітніх злочинців дуже невизначені, стосуються лише окремих сфер їх життя і складаються, як правило, на найближчий час. Спрямованість на досягнення успіхів в навчальній і виробничій діяльності, в громадській роботі у правопорушників заміняють потреби та інтереси проведення вільного часу, бажання "повеселитись".

Ряд кримінологів оцінюють ступінь суспільної небезпеки злочинності неповнолітніх шляхом фіксування тривалості та повторювальності вчинення ними злочинних діянь. За даними кримінологічних досліджень близько половини злочинів вчиняється неповнолітніми, які вже мали досвід злочинної діяльності. Більшу частину рецидивних злочинів неповнолітніх складає спеціальний рецидив (особливо висока його питома вага по корисних злочинах). Зокрема, британські кримінологи дослідили, що 80% неповнолітніх осіб, які вчиняють рецидив – це особи, які по кілька разів притягувалися до кримінальної відповідальності, 24% – це ті, які притягувалися лише раз. На відміну від неповнолітніх, які вчинили злочин вперше, особи із тривалим досвідом злочинної діяльності частіше скоюють тяжкі злочини. Для вчинення злочинів вони використовують різні знаряддя і технічні засоби, заздалегідь підбирають відповідні об'єкти, розподіляють ролі між співучасниками, вживають заходів до маскування слідів злочинів та предметів, здобутих злочинним шляхом. Все це дозволяє зробити висновок про стійку антисуспільну спрямованість осіб даної категорії.

Підсумовуючи слід зазначити, що в абсолютній більшості випадків неповнолітній злочинець – це особа, якій притаманні звички, схильності, стійкі стереотипи анти суспільної поведінки; лише поодинокі із них вчиняють злочини випадково.

САМОВІЛЬНЕ ЗАЙНЯТТЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ: ЗМІСТ СУСПІЛЬНО-НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ

Антонюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У 2007 році Кримінальний кодекс України (далі – КК України) було доповнено статтею 197№ "Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво". Цей крок законодавця обумовлений тим, що факти захоплень земельних ділянок зросли до вражаючих масштабів. Так, за період з 2001-го по 2005 рік площа самовільно зайнятих земельних ділянок збільшилась відповідно з 138 тис. га до 1 млн. 173 тис. га. Появу нової кримінально-правової норми, яка встановлює кримінальну відповідальність за самовільне зайняття земельної ділянки слід визнати позитивною. Однак, ряд питань, що стосуються ознак цього складу злочину потребують оцінки з точки зору кримінального права. Одним із найбільш актуальних, на наш погляд, є питання про те, що слід розуміти під суспільно-небезпечним діянням – "самовільним зайняттям земельної ділянки".

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про державний контроль за використанням та охороною земель", під ***самовільним зайняттям земельної ділянки*** слід розуміти будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки чи намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї та до його державної реєстрації. Із цього визначення можна зробити хибний висновок про те, що діяння у злочині, передбаченому ст. 197№ КК України може виражатися у двох формах: 1) будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки, 2) будь-які дії особи, які свідчать про намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї та до його державної реєстрації.

У вказаному законодавчому формулюванні самовільного зайняття земельної ділянки законодавець чітко вказує, що у першій формі діяння – "фактичному використанні...", мова йде про не надану особі земельну ділянку. Що ж до другої форми діяння – "будь-яких дій особи, які свідчать про намір використовувати земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї та до його державної реєстрації", – законодавець жодної вказівки не робить. Виходячи із логіко-юридичного тлумачення, слід констатувати, що мова йде про будь-які дії особи, які свідчать намір використовувати *надану особі* земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї та до його державної реєстрації. Адже, вести мову про встановлення меж ділянки у натурі щодо не наданої ділянки абсурдно.

Право власності на земельну ділянку і право постійного користування земельною ділянкою посвідчується державним актом на право власності на земельну ділянку або державним актом на право постійного користування земельною ділянкою. Однак, на практиці часто громадяни та юридичні особи, яким земельні ділянки надані у власність чи користування рішеннями органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, приступають до їх

© Антонюк Н., 2008

використання до виникнення права власності чи права користування ними, тобто до оформлення правовстановлюючих документів – державного акту на право власності на земельну ділянку або державного акту на право постійного користування земельною ділянкою. Фактично значну частину дій по отриманню земельної ділянки вони вже вчинили.

Із буквального тлумачення поняття "самовільне зайняття земельної ділянки", яке дане у ст. 1 Закону України "Про державний контроль за використанням та охороною земель" ми мали б зробити висновок, що такі дії містять ознаки складу злочину, передбаченого ст. 197№ КК України. Проте, не слід забувати про ще один підзаконний нормативно-правовий акт, в якому Державний комітет України по земельних ресурсах звернув увагу на неоднакове трактування терміну "самовільне зайняття земельної ділянки", що часто призводить до порушення прав громадян-землекористувачів. У Листі Державного комітету України по земельних ресурсах від 16.08.2006 № 14-17-4/6045 "Щодо застосування терміну "самовільне зайняття земельної ділянки" вказано, що дії землекористувача, який набув право на землю в установленому законодавством порядку, не можна кваліфікувати як самовільне зайняття земельної ділянки. Їх слід розглядати як використання земельних ділянок без правовстановлюючих документів. З наведених положень слідує, що будь-які дії, які свідчать про намір використовувати земельну ділянку та й саме використання *відведеної* землекористувачеві земельної ділянки до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї та до його державної реєстрації, не тягне ні кримінальної, ні адміністративної відповідальності.

Очевидно, що поняття "самовільного зайняття земельної ділянки", яке дане у ст. 1 Закону України "Про державний контроль за використанням та охороною земель" та роз'яснення, які містяться у Листі Державного комітету України по земельних ресурсах від 16.08.2006 № 14-17-4/6045 "Щодо застосування терміна "самовільне зайняття земельної ділянки" є виявом колізії, оскільки по різному вирішують єдине питання. Одне і те саме поняття у них розуміється по різному. Вважаємо, що не можна вважати злочинними дії осіб, які приступили до використання земельних ділянок, які надані їм у власність чи користування рішеннями органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування. В таких діях немає суспільної небезпеки. Адже, відповідно до Інструкції про порядок складання, видачі, реєстрації і зберігання державних актів на право власності на земельну ділянку і право постійного користування земельною ділянкою та договорів оренди землі (затв. Наказом Державного Комітету України по земельних ресурсах від 04.05.99 р. № 43), встановлення меж у натурі і оформлення державного акту на право власності на земельну ділянку чи державного акту на право постійного користування земельною ділянкою видається на підставі рішення органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування.

Видається, що з метою уникнення помилок у правозастосуванні доцільно внести відповідні зміни у ст. 1 Закону України **"**Про державний контроль за використанням та охороною земель", виключивши із неї вказівку на віднесення до самовільного зайняття земельної ділянки "будь-яких дій, які свідчать про намір використовувати *надану* (авт.) земельну ділянку до встановлення її меж у натурі (на місцевості), до одержання документа, що посвідчує право на неї та до його державної реєстрації".

Фактичне використання не наданої земельної ділянки полягає у використанні земельної ділянки без наявності підстав для набуття права на землю. Громадяни та юридичні особи набувають права власності та права користування земельними ділянками із земель державної або комунальної власності за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування та державних органів приватизації щодо земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації. Право власності та право постійного користування на земельну ділянку виникає після одержання її власником або користувачем документа, що посвідчує право власності чи право постійного користування земельною ділянкою та його державної реєстрації. Як фактичне використання не наданої земельної ділянки слід розглядати і випадки, коли строк користування самовільно чи тимчасово зайнятими земельними ділянками закінчився.

Щодо висловленої у кримінально-правовій літературі позиції, що під самовільним зайняттям земельної ділянки необхідно розуміти *намір* використовувати земельну ділянку *без дозволу* органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, зазначимо таке. Відповідно до теорії кримінального права, так зване виявлення умислу ("голий умисел"), тобто намір вчинити злочин, який не виразився зовні у конкретних діяннях, не є злочином, не тягне кримінальної відповідальності, а отже і кримінально-правовій кваліфікації не підлягає. Сам термін "намір" означає задум, бажання щось зробити. Видається, що сам задум використовувати не надану особі земельну ділянку не можна вважати злочином, оскільки він ніяк не проявляється в дійсності, і, як наслідок, повинен розглядатися як "голий умисел".

Як розцінювати дії особи, яка обгородила неналежну їй земельну ділянку однак ще не приступила до самого її використання? П.П.Андрушко вказує на те, що самовільне захоплення земельної ділянки є закінченим злочином з моменту вчинення дій, які свідчать про намір особи використовувати чи про фактичне використання земельної ділянки. Очевидно, що якщо особа вчиняє будь-які дії, які вказують на її умисел використовувати не надану їй земельну ділянку, вести мову про "голий умисел" вже не можна. Адже бажання особи знайшли певне відображення у дійсності, матеріалізувалися. Обгородження ділянки ще не є її використанням у буквальному змісті цього слова. Але такі дії є зайняттям земельної ділянки. Термін "зайняття" означає захоплення, закріплення за собою, розташування де-небудь. Фактичне обгородження земельної ділянки, недопуск до неї власника без реального її використання є таким ж суспільно-небезпечним як і фактичне використання такої ділянки. Адже, власнику фактично може заподіюватися шкода у зв'язку з неотриманням доходу від земельної ділянки, неможливістю використовувати її за призначенням.

Таким чином, під самовільним зайняттям земельної ділянки (діянням у злочині, передбаченому ст. 197№ КК України) слід розуміти будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання *не наданої* їй земельної ділянки або бажання використовувати *не надану* земельну ділянку (обгородження, встановлення перешкод для доступу до земельної ділянки тощо).

ДЕЯКІ ПИТАННЯ З'ЯСУВАННЯ ОЗНАК СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА БАНКІВСЬКУ ЧИ КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ (СТАТТІ 231 ТА 232 КК УКРАЇНИ)

Боднарчук Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зростання сфери та масштабів використання інформації в Україні, виникнення та зростання ролі специфічних суспільних відносин, пов'язаних із створенням, накопиченням, зберіганням та використання інформації, фіксація та розгляд фактів порушень прав та законних інтересів щодо інформації, доступ до якої обмежено її власниками, потребують вивчення та подальшого врегулювання даних відносин.

Стаття 231 КК України передбачає відповідальність за незаконне збирання з метою використання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, а стаття 232 КК України – за розголошення комерційної або банківської таємниці (далі по тексту – «склади злочинів»). В даній праці спробуймо розглянути питання предмета, родового та безпосереднього об'єкта зазначених складів злочинів.

Предметом злочину в класичній теорії кримінального права визнаються речі матеріального світу, діючи на які особа посягає на цінності (блага), що належать суб'єктам суспільних відносин (див.: Кравцов С.Ф., Панов Н.И.). Радутний О.Н., досліджуючи **інформацію як предмет злочину**, дійшов висновку, що сьогоденні реалії вимагають визнати в подальшому "предметом злочину речі або інші явища об'єктивного світу (інформація, енергія тощо), з певними властивостями яких кримінальний закон пов'язує наявність у діянні особи складу конкретного злочину. Однак, на думку Розенфельд Н., якщо аналізувати предмет злочину у відповідності з наведеним визначенням, під поняття предмета злочину підпадають усі речі і явища об'єктивного світу, з властивостями яких пов'язана наявність складу злочину в певних діях. При цьому діяння злочинця на них може не бути спрямованим та вони можуть не зазнавати злочинного впливу. Так, наприклад, час не виступає предметом злочину, так як особа на нього не впливає. На думку О.Мазуренко та Н.Розенфельд, під **предметом злочину** доцільно розуміти речі або інші явища об'єктивного світу, як матеріальні, так і віртуальні, з певним впливом на які кримінальний закон пов'язує наявність у діянні особи складу конкретного злочину. Дрьомов вважає, що наведене визначення є правильним, адже матеріальні та нематеріальні утворення можуть визнаватися предметом злочину лише тоді, коли на них вказано безпосередньо у законі про кримінальну відповідальність. Можна помітити, що є ряд позицій, зокрема і Коржанського М., які заперечували нематеріальну природу предмета злочину. Однак розвиток інформаційного суспільства змушує переглянути зазначені теоретичні положення. Ми поділяємо позицію Музики А., Азарова Д. та ряду інших науковців, зокрема, котрі вважають за доцільне дещо розширити загальнотеоретичне поняття **предмета злочину**. Пропонується включити до нього не тільки речі **матеріального світу**, а й певні, об'єктивно існуючі явища, утворення —

© Боднарчук Р., 2008

інформацію. Якщо розуміти сутність предмета злочину саме так, тоді вирішується значна кількість теоретичних проблем щодо визначення останнього близько у тридцяти нормах, у яких інформація в різних її проявах прямо названа тим матеріальним утворенням, впливаючи на яке винний заподіює шкоду об'єктові.

Предметом складів злочинів, передбачених ст. 231 та 232 КК України виступають відомості, що становлять комерційну або банківську таємницю.

Цивільний кодекс України у ст. 505 під **комерційною таємницею** розуміє інформацію, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв’язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. Комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці. Відповідно до статті 36 **Господарського кодексу України** відомості, пов’язані з виробництвом, технологією, управлінням, фінансовою та іншою діяльністю суб’єкта господарювання, що не є державною таємницею, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб’єкта господарювання, можуть бути визнані його **комерційною таємницею**. Склад і обсяг відомостей, що становлять комерційну таємницю, спосіб їх захисту визначаються суб’єктом господарювання відповідно до закону. Поряд з цим визначено коло відомостей, що не підлягають віднесенню до комерційної таємниці. На даний час згідно із постановою Кабінету Міністрів України «Перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці» **не можуть бути визнані комерційною таємницею**: установчі документи, документи, що дозволяють займатися підприємницькою чи господарською діяльністю та її окремими видами; інформація за всіма встановленими формами державної звітності; дані, необхідні для перевірки обчислення і сплати податків та інших обов'язкових платежів; відомості про чисельність і склад працюючих, їхню заробітну плату, про наявність вільних робочих місць; документи про сплату податків і обов'язкових платежів; інформація про забруднення навколишнього природнього середовища, недотримання безпечних умов праці, реалізацію продукції, що завдає шкоди здоров'ю, а також інші порушення законодавства України та розміри завданих при цьому збитків; документи про платоспроможність; відомості про участь посадових осіб підприємства в кооперативах, малих підприємствах, спілках, об'єднаннях та інших організаціях, які займаються підприємницькою діяльністю; інші відомості, які підлягають оголошенню відповідно до чинного законодавства.

Комерційна таємниця, на думку Іваненка В., характеризується такою **сукупністю ознак**: інформація є секретною, є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить; у зв’язку з тим, що є секретною, вона має комерційну цінність. **Комерційна цінність** такої інформації може полягати у її здатності підвищити ефективність виробництва чи будь-якої іншої суспільно-корисної діяльності, зумовити будь-який інший позитивний ефект; ця інформація з огляду на її зміст має певну реальну чи потенційну вартість, що робить її товаром; особою, яка законно контролює цю інформацію, вживаються адекватні обставинам, що склалися,

заходи щодо забезпечення її секретності. Тобто володілець має вживати відповідних превентивних заходів для збереження секретності зазначеної інформації. Ними можуть бути заходи технічного (наприклад, технічний захист інформації в комп'ютерних мережах), організаційного (наприклад, запровадження чітко регламентованого порядку роботи працівників із документами, що містять комерційну таємницю) чи іншого характеру, які мають відповідати обставинам, що склалися.

Специфічним видом комерційної таємниці є банківська таємниця. **Банківську таємницю** становлять, по-перше, таємниця самого банку як самостійного суб'єкта господарських відносин. По-друге, банк гарантує таємницю банківського рахунка, операцій за рахунком і відомостей про клієнта (ст. 1076 Цивільного кодексу України). Згідно із статтею 60 Закону України «Про банки і банківську діяльність» інформація щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин з ним чи третім особам при наданні послуг банку і розголошення якої може завдати матеріальної чи моральної шкоди клієнту, є **банківською таємницею**. Зокрема до банківської таємниці Закон України «Про банки і банківську діяльність» відносить: 1) відомості про стан рахунків клієнтів, у тому числі стан кореспондентських рахунків банків у Національному банку Украни; 2) операції, які були проведені на користь чи за дорученням клієнта, здійснені ним угоди; 3) фінансово-економічний стан клієнтів; 4) системи охорони банку та клієнтів; 5) інформація про організаційно-правову структуру юридичної особи – клієнта, її керівників, напрями діяльності; 6) відомості стосовно комерційної діяльності клієнтів чи комерційної таємниці, будь-якого проекту, винаходів, зразків продукції та інша комерційна інформація; 7) інформація щодо звітності по окремому банку, за винятком тієї, що підлягає опублікуванню; 8) коди, що використовуються банками для захисту інформації. Інформація про банки чи клієнтів, що збирається під час проведення банківського нагляду, становить банківську таємницю. Не відноситься до банківської таємниці узагальнена по банках інформація, яка підлягає опублікуванню. Законом встановлено жорсткі вимоги щодо охорони відомостей, які є банківською таємницею, зокрема, визначено вичерпний перелік умов, за яких вони можуть бути розкриті.

Виходячи із визначення, закріпленого частиною 1 статті 505 Цивільного кодексу України, комерційна та банківська таємниця – це певний вид інформації. Відповідно до статті 1 Закону України «Про інформацію», під **інформацією** необхідно розуміти документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються в суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі. Вказаний закон поділяє інформацію за режимом доступу до неї на *відкриту* та *з обмеженим доступом*. У свою чергу, інформація з обмеженим доступом за своїм правовим режимом поділяється *на конфіденційну* та *таємну.* До *таємної* належить інформація, що містить відомості, які становлять державну чи іншу передбачену законом таємницю, розголошення якої завдає шкоди особі, суспільству і державі. З наведених положень Закону «Про інформацію» випливає, що *комерційна та банківська таємниця є видом таємної інформації*.

У науковій літературі існують різні погляди щодо **сутності інформації**. Так Кузнєцов В. писав, що з філософських позицій інформація не може визнаватися такою, котра носить матеріальний характер. Водночас він відзначає, що

інформація, маючи нематеріальний характер, передається за допомогою різних матеріальних носіїв. Тобто її властивості передаються від одного носія до іншого, а отже інформація є відносно матеріальним утворенням. Дрьомов С. вважає, що невиправдано ототожнювати інформацію із матеріальним носієм, за допомогою якого вона створюється і передається, на якому вона зберігається. Окрім того, у систему суспільних відносин включається сама інформація, а не носії, на яких вона зберігається. Аналогічної позиції й Іванченко В., який зазначає, що інформація та її матеріальні носії співвідносяться між собою як зміст і форма, тому будь-яка таємниця (державна, комерційна, лікарська, таємниця усиновлення або досудового слідства тощо) не може бути зведена до свого носія – певної речі матеріального світу. Визнання ж предметом злочину не лише речей, але й явищ об'єктивного світу (до яких варто, у тому числі, віднести інформацію), дозволить пристосувати окремі положення науки кримінального права до сучасних потреб та тенденцій розвитку суспільства.

Суспільна небезпечність цих злочинів полягає в тому, що вони, на думку Іваненка В., посягають на суспільні відносини, які складаються у сфері господарської діяльності на засадах ринкових відносин та охороняються державою в інтересах усього суспільства й окремих його суб'єктів. Ці суспільні відносини становлять **родовий об'єкт** зазначених складів злочинів. Радутний О.Е. дає визначення **родового об'єкта** розглядуваних складів злочинів як суспільних відносин, що складаються у сфері господарської діяльності на підставі справедливих ринкових умов і охороняються державою в інтересах всього суспільства й окремих його суб**'**єктів, а **безпосереднього**, як суспільних відносини по збереженню комерційної та (або) банківської таємниці, які забезпечують охорону від недобросовісної конкуренції у сфері господарської діяльності.

Щодо визначення **безпосереднього об'єкта**, ним у теорії кримінального права рядом авторів (див.: Кримінальне право України. Заг. ч. за ред. Матишевського П.С.) визнаються, зокрема, ті соціальні цінності на які посягає конкретна злочинна дія чи бездіяльність. Однак, Тацій В.Я. робить категоричний висновок, з яким цілком погоджуюсь, що, по-перше, безпосереднім, як і загальним, і родовим об'єктами, можуть бути лише суспільні відносини, а не блага і цінності, спроба ж підмінити суспільні відносини, які виступають об'єктом злочину, будь-якими іншими суспільними явищами є помилковим: "тільки суспільні відносини як цілісна система, а не будь-які їх складові частини можуть бути визнані об'єктом злочину".

На нашу думку, **родовим об'єктом** виступають суспільні відносини з приводу забезпечення встановленого порядку здійснення господарської діяльності, а **безпосереднім об'єктом** згаданих складів злочину виступає суспільне відношення щодо забезпечення чесної конкуренції у сфері господарювання, необхідною умовою якої є забезпечення охорони **прав на комерційну чи банківську таємницю**.

Носік Ю.В. зазначає, що **правами на комерційну таємницю в суб'єктивному розумінні** є сукупність встановлених законом правомочностей особи щодо належної їй комерційної таємниці, а саме: право на використання комерційної таємниці, виключне право дозволяти її використання іншим особам, виключне право перешкоджати неправомірному розголошенню, збиранню або використанню комерційної таємниці.

Правом на використання комерційної таємниці є визначена законодавством правомочність особи вчиняти з інформацією, яка становить комерційну таємницю, дії, направлені на отриманням вигод від її комерційної цінності. Право на використання комерційної таємниці може здійснюватись у дозвільній (позитивній) формі і у формі заборони (негативній). Право на використання комерційної таємниці не є виключним, оскільки воно в Україні може належати не тільки первісному та похідним володільцям конфіденційної інформації, а й у передбачених законом випадках (ч. 3 ст. 162 ГК України) – іншим особам, які самостійно і добросовісно одержали інформацію, аналогічну тій, що вже є комерційною таємницею.

Виключне **право дозволяти використання комерційної таємниці** становить передбачену законом можливість надавати іншим особам змогу правомірно використовувати комерційну таємницю в їх інтересах чи в інтересах третіх осіб. Сфера здійснення права дозволяти використання комерційної таємниці є обмеженою за колом осіб. Правовими формами здійснення права дозволяти використання комерційної таємниці є правочини. На основі проведеного аналізу Носік Ю.В. робить висновок, що комерційна таємниця як оборотоздатний об’єкт цивільних прав бере участь в цивільному обороті у формі обігу майнових прав на неї.

Виключне **право перешкоджати неправомірному розголошенню, збиранню або використанню комерційної таємниці** – це встановлені чинним законодавством можливість управомоченої особи вживати превентивних заходів, спрямованих на недопущення порушень режиму конфіденційності комерційної таємниці та, відповідно, прав особи на комерційну таємницю.

Значення інституту комерційної та банківської таємниці для сучасних відносин у сфері господарської діяльності важко переоцінити. В Україні інститут комерційної та банківської таємниці поки що знаходиться на стадії становлення, тому, для належного врегулювання правового режиму комерційної та банківської таємниці, вважаю за необхідне прийняти закон, який би визначив характеристику таких видів інформації та встановив механізм захисту власником своєї інтелектуальної власності, що створило б умови для належного захисту власників комерційної та банківської таємниці від неправомірних дій третіх осіб.

КРИМІНОЛОГІЧНА ОЦІНКА ОКРЕМИХ НЕГАТИВНИХ РЕЗУЛЬТАТІВ РЕФОРМУВАННЯ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ ЗА РИНКОВИМ ТИПОМ

Бойко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Трансформація економіки України за ринковим типом крім загальних позитивних соціально-економічних змін має і негативні наслідки, котрі впливають як на подальший перебіг самих реформ, так і на всі сфери суспільного життя.

Глибока економічна криза, яка виникла у процесі трансформації економіки, і складні зміни багатьох інших соціальних інститутів призвели до послаблення і нестабільності державної влади, відсутності праці та зубожіння переважної частини населення країни, інтенсивного зростання злочинності та розквіту тіньової господарської діяльності. Все це створило можливості для „легких" заробітків, насамперед, у сфері тіньової господарської діяльності, яка стала добрим підґрунтям для зростання економічної злочинності. На превеликий жаль, у цих складних умовах наша правоохоронна система виявилась не готовою активно протидіяти зростанню економічної злочинності. Значно більша складність і різноманітність ринкових відносин у порівнянні з адміністративно-командними створює значно більше можливостей для зловживань. Щоб поставити всьому цьому правові та організаційно-контрольні перепони, необхідно набути відповідного досвіду, сформувати механізми фінансово-адміністративного контролю і забезпечити ефективне функціонування системи правосуддя.

З іншого боку значне майнове розшарування суспільства в умовах переходу до ринку, надміру швидке набуття бізнесовою елітою величезних капіталів, відверта демонстрація свого багатства і соціальних переваг стали додатковим стимулом до криміналізації багатьох суспільних відносин. Відбулось значне зростання чисельності „груп ризику". Це верстви населення, які зубожіли; певна частина безробітних і фіктивно зайнятих; „соціальне дно" з числа бродяг, безпритульних дітей і підлітків, тих, хто вийшов з місць позбавлення волі, тощо. На "дні" опинилися мільйони людей. Таке активне збільшення асоціальних верств, призвело до зародження асоціальної моралі, яка тиражується не тільки у власному оточенні, але і в суспільстві в цілому.

Соціальні деформації у процесі ринкових перетворень не просто призвели до зростання злочинності, а спровокували якісні зміни у структурі суспільства. Зміни, які сформували цілком інший характер і тип суспільства трансформаційного періоду, цілком інший характер господарського механізму країни.

У результаті в системі господарювання стали складатися інституціональні та не інституціональні економічні відносини з початково низькою ступінню легітимності, внаслідок чого набула масштабного відтворення тіньова господарська діяльність та різке посилення ступеня її кримінальної спрямованості.

Особливого значення для розвитку української економіки перехідного періоду набув вплив кількох корпоративно-бюрократичних груп (олігархічних кланів), об'єднаних економічними та політичними інтересами.

© Бойко А., 2008

Ключові позиції у формуванні цих груп посіли вихідці із старої номенклатури, насамперед управлінська верхівка державних підприємств та колишні керівники державних органів управління. Саме вони забезпечили активне формування виробничо-фінансового потенціалу для цих груп шляхом інтенсивної експлуатації державних ресурсів через отримання різноманітних пільг та виключних прав, які не обов'язково були закріплені у законодавстві або рішеннях відповідних органів державної влади, пільгове фінансування, кредитування та інші преференції.

Йдеться не лише про ранній період державної приватизації, коли відбувалось безпосереднє присвоєння державної власності і використовувались протиправні методи перекачування національного багатства на користь саме корпоративно-бюрократичних груп, а й про період відповідної фінансової стабілізації. Отримання якомога більшого прибутку за рахунок використання державних ресурсів, а не в результаті конкуренції, ось що вирізняє діяльність цих груп у перехідній економіці. Зумівши використати державні ресурси ці групи реалізовують специфічну монополію у своїх інтересах.

Їх характерними рисами є також наявність власних політичних партій, підтримка однієї з депутатських фракцій, активне сприяння з боку найвищих державних органів.

Не дивлячись на певне економічне зростання останніх років превалювання інтересів корпоративно-бюрократичних груп поглиблює асоціальність економіки. Це породжує подальше наростання соціальної напруженості, конфліктності у суспільстві, що ще більше посилює некерованість трансформаційного процесу щодо соціально-економічної та політичної стабільності. А зростання, хоча і незначне, у останні роки, рівня інфляції є свідченням відсутності глибоких і змістовних ринкових реформ, не бажання докорінно змінити корпоративно-монополістичний тип розвитку нашого суспільства і досягти якісної зміни змісту трансформаційного процесу й переходу до соціально орієнтованої ринкової економіки. Без таких змін не можливо створити ефективну систему для запобігання та протидії економічної злочинності.

ПРО КІЛЬКІСТЬ РОЗМЕЖУВАЛЬНИХ ОЗНАК У СУМІЖНИХ СКЛАДАХ ЗЛОЧИНІВ

Брич Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вирішення питання про кількісні параметри суміжних складів злочинів має як теоретичне, так і практичне значення. Зокрема, для визначення поняття суміжних складів злочинів, що, в свою чергу, лежить в основі віднесення тих чи інших складів злочинів до суміжних, або до інших категорій складів злочинів, що потребують розмежування. Залежно ж від такого розподілу обираються правила розмежування складів злочинів зі спільними ознаками.

У кримінально-правовій літературі піднімається питання про те, чи є суміжними склади, що відрізняються між собою більше, ніж за однією ознакою. Є.В.Фесенко стверджує, що В.Н.Кудрявцев до суміжних відносив тільки ті склади злочинів, які мають всі загальні ознаки, крім однієї. Сам В.Н.Кудрявцев, виходячи з кількості розмежувальних ознак між складами злочинів, виділяв три основних випадки. Дослівно, про випадок, на який посилається Є.В.Фесенко, В.Н.Кудрявцев писав так: склади мають всі загальні ознаки, крім однієї. Значить, тільки ця одна ознака є розмежувальною. Подібні злочини можна в повному розумінні слова назвати суміжними; конструкції їх, переважно, однакові. З наведеної цитати навряд чи можна категорично стверджувати, що В.Н.Кудрявцев суміжними вважав лише склади, що відрізняються тільки за однією ознакою.

Т.А. Костарєва суміжні склади злочинів з-поміж інших пар (блоків) складів злочинів, що потребують розмежування, виділяє за кількісною ознакою. Згідно з позицією цієї авторки, суміжні склади злочинів – це склади, які мають всі загальні, крім однієї, ознаки, тобто ті, які відрізняються лише за однією ознакою. Саме цю єдину відмінну ознаку вона вважає розмежувальною. Як показує аналіз наведених нею прикладів, поняття розмежувальної ознаки вона поширює і на специфічні ознаки складів злочинів, передбачених спеціальними нормами, і на відмінні сумісні ознаки, що є приналежністю складів злочинів, передбачених конкуруючими між собою, як спеціальні, нормами, та на відмінні несумісні ознаки власне суміжних складів злочинів. Ґрунтуючись на такому розумінні суміжних складів злочинів, до цієї категорії вона відносить як основний склад будь-якого злочину і відповідні кваліфіковані, особливо кваліфіковані та привілейовані склади, та, як видно з наведених прикладів, інші склади злочинів, передбачені конкуруючими нормами, а також склади злочинів, що мають спільні та відмінні несумісні ознаки – тобто ті склади злочинів, які ми відносимо до власне суміжних. Визнаючи, що багато складів злочинів відрізняються один від одного не однією, а кількома ознаками, пропонує застосовувати до таких випадків комплексне розмежування складів злочинів. Під таким Т.А.Костарєва розуміє розмежування злочинів за ознаками, що характеризують різні елементи складу злочину. Сутнісних відмінностей між тими, складами злочинів, які вона відносить до суміжних, і іншими складами злочинів, що маючи поряд із спільними не одну, а кілька ознак, за якими вони розрізняються між собою, і також потребують розмежування, ця авторка не називає. В чому полягає

© Брич Л., 2008

доцільність виділяти суміжні склади злочинів за єдиним критерієм – наявністю лише однієї ознаки, що їх відрізняє, не пояснює. Таким чином, ця авторка демонструє досить спрощене розуміння суті суміжних складів злочинів.

Аналіз позиції Б.М.Леонтьєва та І.М.Тяжкової приводить до висновку, що вони до суміжних відносять лише склади злочинів з єдиною відмінною ознакою, хоч прямо про це не пишуть. Зроблений мною висновок щодо їхньої позиції з питання, що аналізується, ґрунтується на кількох висловлених ними положеннях, зокрема такому: у тих випадках, коли ряд ознак кількох передбачених кримінальним законом суспільно-небезпечних діянь збігаються, а склади відрізняються тільки якимось одним елементом, потрібно говорити не про конкуренцію статей, а про розмежування складів і правильну кваліфікацію вчиненого.

Керуючись підходом, згідно з яким, до суміжних відносять склади злочинів, що відрізняються лише за однією ознакою, підходять до встановлення виду співвідношення складів злочинів автори у розмежуванні конкретних складів злочинів.

Л.В.Іногамова-Хегай, не вдаючись у дискусії з приводу того, яка кількість розмежувальних (за термінологією Л.В.Іногамової-Хегай – відмінних) ознак визначає суміжні склади злочинів, виходячи з аналізу конструкцій складів, зробила висновок, що більшість злочинів відрізняється один від одного не за однією ознакою, а за двома і більше. Вона стверджує, що і конкуренція норм, частіше за все, здійснюється за кількома ознаками одночасно, й суміжні склади злочинів (за термінологією Л.В.Іногамової-Хегай, суміжні норми) відрізняються один від одного двома і більше ознаками складу. Ілюструючи свою позицію, ця авторка звертає увагу на те, що злочини, передбачені статями різних глав КК відрізняються уже за однією ознакою – об’єктом. Крім цього, їхні об’єктивна і суб’єктивна сторони характеризуються великою різноманітністю. Позицію цієї вченої з приводу питання, що розглядається, можна звести до таких трьох моментів:

1. більшість злочинів відрізняються за двома і більше ознаками;
2. конкуренція норм, частіше за все, здійснюється за кількома ознаками складу одночасно;
3. аналогічно, суміжні норми відрізняються одна від одної за двома і більше ознаками складу.

З цього приводу можна сказати, що важливо не те, як ми назвемо те чи інше явище, а те, чим воно є об’єктивно. А про це можна судити залежно від того, яким закономірностям воно підпорядковується. Аналіз показує, що на розмежування суміжних складів злочинів, котрі відрізняються між собою лише за однією ознакою, поширюються ті самі закономірності, що й на розмежування суміжних складів, які відрізняються між собою за кількома ознаками. А це свідчить, що з точки зору розмежування, природа їх однакова. Отже, виділяти суміжні склади злочинів з-поміж інших за таким критерієм, як наявність лише однієї ознаки, за якими вони відрізняються, не доцільно. Більше того, шкідливо. Застосування цього критерію, як визначального, для виділення суміжних складів злочинів, призводить до того, що в одну категорію включаються склади злочинів, які об’єктивно мають один з одним різне співвідношення. Порушується

об'єктивне уявлення про систему Особливої частини КК та про дійсні системоутворюючі зв'язки між відповідними складами злочинів. Це перешкоджає досліднику конкретних складів злочинів виявити об'єктивні закономірності, яким має підпорядковуватися розмежування тих чи інших складів злочинів. В свою чергу це призводить до того, що пропонуються різні правила кваліфікації у юридично тотожних типових ситуаціях, що є порушенням принципу законності кримінально-правової кваліфікації.

Крім того, слід зауважити, що та єдина ознака, за якою відрізняються один від одного окремі склади злочинів, якщо вона має пару у іншому складі злочину, може бути в одних випадках несумісною за змістом з цією, парною їй, ознакою, і таким чином визначати суміжність складів злочинів. У інших випадках ці єдині ознаки можуть бути сумісними за змістом, а отже визначати склади злочинів, передбачені конкуруючими, як спеціальні, нормами. Якщо ж ця єдина ознака є непарною, то вона визначає наявність конкуренції кримінально-правових норм як загальної і спеціальної чи як частини і цілого. Названі співвідношення визначають різні правила кваліфікації. А це є ще одним аргументом щодо висновку про недоцільність об'єднувати склади злочинів в одну групу за таким критерієм, як наявність лише однієї ознаки, що їх відрізняє.

Таким чином визначальною у віднесенні складів злочинів до категорії суміжних є не кількість ознак, яка відрізняє ці склади один від одного, а та функція, яку вони виконують у розмежуванні складів злочинів. Остання ж, у свою чергу, залежить від відношення між поняттями, що відображені відповідними ознаками.

Питання про кількість характеристику суміжних складів злочинів можна поставити в іншому аспекті, а саме: яка кількість розмежувальних ознак є необхідною і достатньою для розмежування суміжних складів злочинів. Такі склади злочинів можуть мати одну й кілька розмежувальних ознак. Але для того, щоб відрізнити їх між собою достатньо хоча б однієї чітко сформульованої ознаки, котра б розмежовувала ці склади злочинів. Мається на увазі, що між поняттями, відображуваними ознаками відповідних складів злочинів, на які законодавець покладає розмежувальну функцію, має бути очевидне співвідношення диз'юнкції. Так, оцінюючи співвідношення державної зради, яка вчиняється шляхом шпигунства (ст.111 КК України), та передачі або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави (ст.330 КК України), можна дійти висновку, що вони відрізняються за кількома ознаками: ознаками спеціального суб'єкта та предметом складу злочину. Ознаки спеціального суб'єкта в цьому випадку, як було показано вище, не виконують розмежувальних функцій, хоч і не збігаються за змістом. Розмежувальною ознакою у цій парі суміжних складів злочинів є лише предмет, але цього цілком достатньо, щоб розмежувати сфери застосування кожної з наведених вище норм.

Ще один аспект проблеми, що розглядається, полягає в тому, чи всі незбіжні за змістом ознаки суміжних складів злочинів повинні мати характер розмежувальних. Й відповідно, чи можна вважати суміжними склади злочинів, які поряд зі спільними та розмежувальними ознаками, мають ознаки, котрі, не будучи спільними ознаками цих складів злочинів, розмежувальної функції не виконують. Можна виділити два типи таких ознак. Перший – це ознаки, які мають відповідну їм ознаку у іншому складі злочину, але не перебувають з нею у

співвідношенні диз'юнкції. Як от: спеціальний суб'єкт у наведеному вище прикладі співвідношення складів злочинів „Державна зрада", що вчиняється шляхом шпигунства (ст.111 КК України), та „Передача або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави" (ст.330 КК України). Другий – це ознаки, які не мають собі відповідника у складі злочину, що має спільні ознаки із тим складом злочину, для якого вони властиві. Ці ознаки виконують функцію специфічних або додаткових ознак у співвідношенні „їхнього" складу злочину із третім у цій ситуації складом злочину, передбаченим нормою, що є конкуруючою відносно „їхньої". Іншими словами, це питання про співвідношення складу злочину, передбаченого спеціальною нормою чи нормою про ціле, із складом злочину, що є суміжним до складу, передбаченого у загальній нормі, чи нормі про частину. Наприклад, про співвідношення складу порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, якщо воно спричинило смерть потерпілого (ч.2 ст.286 КК) і складу умисного вбивства (ч.1 ст.115 КК). Порівняльний аналіз виявляє у співвідношенні названих складів злочинів наявність усього набору ознак, що визначає суміжність складів злочинів: спільних ознак, розмежувальних ознак, відсутність ознак конкуренції між нормами про ці склади злочинів, в тому числі й те, що обидві норми не претендують на застосування до одного й того самого випадку. Тому їхнє розмежування підпорядковується тим закономірностям, що характерні для розмежування суміжних складів злочинів. А значить, є всі підстави вважати такі склади злочинів суміжними. Відповідно, за наявності хоча б однієї пари розмежувальних ознак у суміжних складах злочинів, не має значення, чи інші відмінні ознаки цих складів є несумісними за змістом.

ЧИ ВХОДИТЬ УСВІДОМЛЕННЯ ПРОТИПРАВНОСТІ ДІЯННЯ ДО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ОЗНАКИ ОСУДНОСТІ?

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Більшість вчених, які досліджували проблеми осудності, вказували на те, що інтелектуальна ознака осудності охоплює не тільки можливість особи усвідомлювати фактичне, але й соціальне значення вчинюваного нею діяння та його наслідків. При цьому вчені практично одностайно вказують, що усвідомлення соціального значення свого діяння та його наслідків означає, що особа могла усвідомлювати суспільну небезпеку цього діяння та його наслідків (Ю.С. Богомягков, В.С. Трахтєров, Р.І. Міхєєв, М.С. Таганцев, Л.М. Балабанова та ін.). Не так однозначно в науковій літературі вирішується питання про те, чи потрібно в зміст інтелектуальної ознаки осудності включати вказівку на можливість особи усвідомлювати протиправність свого діяння та його наслідків. Взагалі питання про те чи повинна особа усвідомлювати протиправність вчинюваного нею діяння та його наслідків обговорюється, здебільшого, в контексті розуміння змісту вини, але нам видається, що враховуючи те співвідношення, в якому знаходяться поняття вини та осудності, було би більш правильно розглянути це питання, в першу чергу, щодо інтелектуальної ознаки осудності.

З приводу вказаного питання в літературі оформилося дві протилежних позиції. Одна група вчених вважає, що в зміст вини необхідно включати вказівку на усвідомлення (або відповідно можливість усвідомлення) кримінальної протиправності вчинюваного діяння та його наслідків (Б.С. Волков, В.А. Якушин, В.Ф. Кіріченко, П.А. Воробей). Окремі вчені при цьому безпосередньо наголошували, що таке саме усвідомлення необхідне і при осудності (М.С. Таганцев, В.С. Трахтєров). Інші науковці дотримуються протилежної точки зору (Р.І. Міхєєв, Ф.Г. Гілязєв).

В цілому основне заперечення щодо необхідності включення до інтелектуальної ознаки осудності та вини вказівки на усвідомлення протиправності, як правило, зводиться до того, що це суттєво ускладнить роботу правоохоронних органів в частині встановлення і доведення вини особи (П.С. Дагєль, Р.І. Міхєєв). Крім того, на користь цієї точки зору є принаймні ще один вагомий аргумент. Адже відповідно до ч. 2 ст. 68 Конституції України незнання закону не звільняє від юридичної відповідальності. Не вказується на усвідомлення протиправності свого діяння та його наслідків і в ст.ст. 24, 25 КК України, в яких подається визначення окремих видів вини. Отже, з формальної точки зору вирішення питання про те, чи усвідомлювала особа протиправність свого діяння та його наслідків та чи могла вона це усвідомлювати не має кримінально-правового значення. Таким чином, навіть в тих випадках, коли незнання закону сталося з об'єктивних причин, наприклад через хворобу, кримінальна відповідальність особи формально не виключається. Окремі науковці допускають у зв'язку з цим об'єктивне ставлення у вину. Так, П.А. Воробей вважає, що вилучити із законодавства та практики його застосування об'єктивне інкримінування поки що неможливо. Ніяка система, ніяке

© Бурдін В., 2008

кримінальне законодавство не вільні від об'єктивного ставлення у вину. Майже всі правові системи та кримінальні кодекси дотримуються правила, згідно з яким незнання закону не звільняє особу від кримінальної відповідальності. Це правило поширюється також на іноземців і осіб без громадянства, але незнання закону річ зовсім можлива, а, значить, не можна при цьому виключати об'єктивне ставлення у вину (П.А. Воробей).

Як вважає О.І. Рарог, така законодавча позиція сформувалася в період, коли в радянських кримінальних кодексах було закріплене матеріальне визначення поняття злочину, позбавлене формальної ознаки – вказівки на кримінальну протиправність діяння, та допускалося застосування аналогії в кримінальному праві. Проте після закріплення в Основах 1958 р. формально-матеріального визначення поняття злочину протиправність стала повноправною ознакою злочину. Тому невід'ємною рисою умисної форми вини, на його думку, треба визнати усвідомлення (а при необережності – можливість усвідомлення) протиправності свого діяння (О.І. Рарог).

На нашу думку, перш ніж вирішувати питання про те, чи потрібно в зміст інтелектуальної ознаки осудності та вини включати таку ознаку як вказівку на можливість особи усвідомлювати протиправність свого діяння та його наслідків, необхідно проаналізувати співвідношення таких ознак злочину як кримінальна протиправність та суспільна небезпека. Перш за все, треба наголосити на тому, що сам законодавець, визнає, що ці ознаки є відносно самостійними і не поглинаються одна одною, про що свідчить те, що в ч. 1 ст. 11 КК України вони названі як самостійні ознаки поняття злочину. В ідеальному варіанті ці дві ознаки існують синхронно. Проте можна навести принаймні кілька випадків, коли суспільна небезпека та кримінальна протиправність за своїм існуванням не співпадають у часі:

1. Якщо законодавець приймає рішення про декриміналізацію певного діяння з причин втрати ним суспільної небезпеки, то до остаточного законодавчого оформлення цього рішення – набрання відповідним законом законної сили – діяння формально залишається кримінально протиправним, але фактично вже не є суспільно небезпечним. Адже при декриміналізації спершу відбувається констатація того, що певне діяння перестало бути суспільно небезпечним, а вже згодом рішення про декриміналізацію відповідно законодавчо оформлюється. При цьому сам процес оформлення цього рішення може бути розтягнутим у часі;
2. Аналогічна ситуація має місце і в тих випадках, коли приймається рішення про криміналізацію певного діяння. Адже до того часу, як певне діяння буде формально названо законодавцем злочином, воно вже є фактично суспільно небезпечним. В таких випадках навряд чи можна стверджувати, що суспільна небезпека діяння і його кримінальна протиправність виникають одночасно;
3. В ч. 2 ст. 11 КК України вказується, що не є злочином дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого цим Кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі. Таким чином, сам законодавець визнає існування ситуації, коли діяння формально є кримінально протиправним, але при цьому не є суспільно небезпечним;

4. В ст. 48 КК України передбачено один із видів звільнення від кримінальної відповідальності, коли внаслідок зміни обстановки вчинене особою діяння, залишаючись кримінально протиправним, втрачає свою суспільну небезпечність.

Отже, як бачимо такі ознаки злочину як кримінальна протиправність та суспільна небезпека можуть існувати окремо одна від одної. З огляду на викладене ми не можемо погодитися з тими науковцями, які вважають, що усвідомлюючи суспільну небезпеку свого діяння суб'єкт не може не усвідомлювати їх кримінальну протиправність (Б.С. Маньковський, А.А. Піонтковський). Оскільки вказані ознаки є самостійними ознаками злочину, можна припустити ситуацію, коли особа усвідомлює суспільну небезпеку свого діяння, але не усвідомлює його кримінальну протиправність і, навпаки, коли особа усвідомлює кримінальну протиправність діяння, але вважає, що це діяння є малозначним. Незрозуміло чому тоді законодавець при визначенні окремих видів вини звертає увагу тільки на одну із вказаних ознак. На думку В.В. Лунєєва, стверджувати, що суб'єкт при вчиненні злочину замислюється над суспільною небезпекою діяння, – значить впадати в кримінально-правову ілюзію. Єдина реальність для нього – це протиправність, але її у формулі вини до сих пір немає. Вище ми вже вказували на те, що ті вчені, які заперечують необхідність включення вказівки на усвідомлення протиправності в зміст вини та осудності в якості аргументу вказують на практичну складність доведення того, що особа усвідомлювала або повинна була усвідомлювати кримінальну протиправність свого діяння та його наслідків. Разом з тим, слід погодитися з тими науковцями, які в свою чергу вказують, що не меншу, а, мабуть, і більшу складність на практиці становить питання про з'ясування того, чи усвідомлювала особа суспільну небезпеку свого діяння та його наслідків або чи повинна була вона це усвідомлювати (А.Ф. Зелінський, Н.А. Дрьоміна). Справедливості ради треба відмітити, що навіть з наукової точки зору обґрунтовано довести суспільну небезпеку певних діянь, заборонених законодавцем в КК України надзвичайно складно.

З огляду на викладене можна зробити висновок про те, що кримінальна протиправність та суспільна небезпечність діяння та його наслідків є самостійними ознаками злочину, можуть існувати самостійно одна від одної, а, отже, вказівка в кримінальному законі на усвідомлення чи можливість усвідомлення суспільної небезпечності та кримінальної протиправності діяння та його наслідків повинна знайти своє місце серед ознак окремих видів вини та осудності. Нам видається, що зробити це можна в один із таких способів: 1) безпосередньо виділити в змісті відповідних понять окремо вказівку на усвідомлення або можливість усвідомлення особою суспільно небезпечності свого діяння, його наслідків та їхньої кримінальної протиправності; 2) використати загальне поняття, яке би охоплювало собою ці прояви усвідомлення. Другий спосіб вирішення вказаної проблеми, на нашу думку, є більш правильним хоча би з огляду на необхідність економії тексту кримінального закону і уникнення надмірної казуалізації. Такою загальною ознакою може бути вказівка на усвідомлення особою або можливість усвідомлення особою соціального значення свого діяння та його наслідків. Адже така вказівка буде свідчити про те, що мова йде про усвідомлення чи можливість усвідомлення особою не тільки суспільної небезпечності, але й кримінальної протиправності свого діяння та його наслідків.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН.

Василаш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ч.1 ст.68 Кримінального Кодексу України (далі – КК), суд при призначенні покарання за незакінчений злочин, керуючись положенням статей 65-67 КК, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. Із зазначеного законодавчого положення випливає, що суд, призначаючи покарання за незакінчений злочин, повинен враховувати не тільки вимоги загальних засад призначення покарання, але й ступінь тяжкості вчиненого особою діяння, ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця.

Необхідність виділення зазначених додаткових вимог обумовлюється тим, що готування до злочину є менш небезпечним порівняно із замахом на вчинення того ж злочину, а ступінь суспільної небезпечності закінченого замаху вищий ніж незакінченого замаху, тим не менш покарання у всіх цих випадках призначається в межах санкції статті Особливої частини КК, яка визначає види і розміри покарань, що визначені законодавцем за закінчений злочин.

Вказавши на необхідність при призначенні покарання за незакінчений злочин враховувати зазначені додаткові вимоги, законодавець цим самим забезпечив можливість дотримання судом принципу справедливості та індивідуалізації призначення покарання. Адже, очевидним є той факт, що за готування до злочину повинно бути призначено більш м’яке покарання, ніж за замах на злочин, і ще більш м’яке, ніж за вчинення закінченого злочину, так як в першому випадку об’єктивна сторона злочину ще не починає виконуватися, а лише створюються необхідні умови для її виконання, а в другому – діяння винної особи хоча і безпосередньо спрямовані на вчинення злочину, але не доводяться до кінця з причин, що не залежать від її волі.

Аналіз судової практики призначення покарання за незакінчений злочин дає підстави для висновку, що в ряді випадків суди, призначаючи покарання за незакінчений злочин, зустрічаються з певними труднощами застосування ч.1. ст.68 КК.

Перш за все, потребують роз’яснення та уточнення самі додаткові вимоги, що повинні братися судом до уваги при призначенні покарання за незакінчений злочин.

Так, в ч.1 ст. 68 КК зазначається, що суд, керуючись положеннями статей 65–67 КК, враховує ступінь тяжкості вчиненого особою діяння. Як видається, вказівка на те, що суд повинен крім положень статей 65–67 КК враховувати ще і ступінь тяжкості вчиненого особою діяння є нічим іншим, як дублюванням загальної засади призначення покарання, яка закріплена в п.3. ч.1 ст. 65 КК. Адже, відповідно до зазначеного пункту даної статті суд і повинен призначати покарання із врахуванням ступеня тяжкості вчиненого злочину.

© Василаш В., 2008

Правда, встановлення ступеня тяжкості вчиненого незакінченого злочину має певну особливість, так як в ст.12 КК ступінь тяжкості злочину визначається незалежно від його закінченості. Тому, визначаючи типовий ступінь тяжкості незакінченого злочину, суд повинен виходити з того, що він є таким же, як і закінченого злочину. Однак, визначаючи ступінь тяжкості готування до злочину чи замаху на злочин, суд повинен брати до уваги те, що готування до злочину вважається менш тяжким злочином, ніж замах на цей же злочин чи закінчений злочин. Крім цього, слід мати на увазі, що залежно від ступеня здійснення злочинного наміру кримінальний закон розрізняє два види замаху: закінчений і незакінчений. Так як при незакінченому замахові злочинна діяльність не тільки об'єктивно, але й суб'єктивно залишається незавершеною, а при закінченому замахові – тільки об'єктивно, то ступінь суспільної небезпеки закінченого замаху вищий, ніж незакінченого замаху. Ця обставина і повинна бути взята судом до уваги, і знайти своє відображення в призначеному судом покаранні.

Тому, щоб уникнути зазначеного вище дублювання, пропоную у ч.1 ст. 68 КК після слова "враховує" виключити слова "ступінь тяжкості вчиненого особою діяння" та викласти її в такій редакції : „При призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями статей 65–67 цього Кодексу, враховує ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця."

Певні труднощі викликає при призначенні покарання за незакінчений злочин встановлення та врахування причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця.

Причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, які суд повинен врахувати при призначенні покарання за незакінчений злочин, є різними. Тому від визначення якими конкретно можуть бути вказані причини і як, в якій мірі вони здатні впливати на покарання, залежить не формальне, а реальне врахування судом зазначеної вимоги при призначенні покарання за незакінчений злочин. Труднощі, що виникають в судовій практиці при врахуванні даної додаткової вимоги під час призначення покарання за незакінчений злочин, в певній мірі можна пояснити тим, що в юридичній літературі, яка присвячена проблемам призначення покарання за незакінчений злочин про такі причини або просто не зазначається, або дається перелік лише деяких причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, і які рекомендується брати до уваги при призначенні покарання у випадку вчинення особою готування до злочину чи замаху на злочин.

Причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, можуть обумовлюватися чи, навпаки, не обумовлюватися особистими якостями суб'єкта та його діяльністю. Тому, Н.Ф.Кузнєцов пропонує поділяти всі причини, внаслідок яких злочин не був доведений до кінця, на дві групи : об'єктивні і суб'єктивні. Об'єктивні причини – це такі, які виступають як дійсно випадковий збіг обставин. Суб'єктивні причини в більшій мірі обумовлюються особистими якостями суб'єкта. Оскільки суб'єктивні причини обумовлюються особистими якостями суб'єкта незакінченого злочину, то вони закономірно впливають на не доведення злочину до кінця. Об'єктивні (зовнішні) причини обумовлюються обстановкою, в якій перебуває суб'єкт незакінченого злочину, тому вони лише випадково впливають на не доведення злочину до кінця. Наприклад,

об'єктивними причинами слід визнавати зовнішні обставини, які перешкодили особі в реалізації злочинного наміру і примусили припинити злочинну діяльність (втручання сторонніх осіб, дія сил природи, машин, механізмів і т.д.). Суб'єктивними причинами слід визнавати нерішучість винної особи, відсутність у винної особи необхідного досвіду, помилковість дій винної особи і т.д.

Беручи до уваги викладене, слід зауважити, що в теорії кримінального права в залежності від причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, запропоновано види замаху об'єднати в такі три групи: 1) замах у зв'язку з помилкою в фактичних обставинах (помилка в об'єкті, засобах, в способі дії); 2) невиконання винною особою передбачених в кримінальному законі дій; 3) ненастання передбачених в кримінальному законі суспільно небезпечних наслідків. Безперечно, що в результаті помилки, на відміну від інших причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, коли особа не проявляє належну обачливість, злочин є менш суспільно небезпечним. Тому, при призначенні покарання, такій особі за наявності інших рівних умов необхідно призначити більш м'яке покарання, ніж особі, яка не доводить злочин до кінця, так як не виконує всіх необхідних дій, які зазначені в диспозиції статті Особливої частини КК або, якщо в результаті вчиненого винною особою суспільно небезпечного діяння не настали, передбачені кримінальним законом, суспільно небезпечні наслідки. Критикуючи наведену вище класифікацію, Є.В.Благов пропонує класифікувати причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, в залежності від їх природи, на помилки і інші обставини. Крім цього, в залежності від ступеня впливу на не доведення злочину до кінця, як вважає автор, необхідно розрізняти абсолютні і відносні причини. Під абсолютними причинами слід розуміти фактори, які закономірно призводять до не доведення злочину до кінця. Наприклад, замах із непридатними засобами, замах на непридатний об'єкт Під відносними причинами слід розуміти фактори, які випадково призводять до не доведення злочину до кінця. Наприклад, осічка під час пострілу, перепони під час вчинення пострілу. Не доведення злочину до кінця, наслідок абсолютних причин, менш суспільно небезпечне діяння, ніж недоедення злочину до кінця, внаслідок відносних причин. Тому призначаючи покарання винній особі, яка вчинила замах на злочин за наявності абсолютних причин, суд, за наявності інших рівних умов, повинен призначити більш м'яке покарання, ніж винній особі, яка вчинила замах на злочин, за наявності відносних причин. Викладене вище дає підстави для висновку, що незалежно від того, як ми назвемо причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, чи об'єктивними і суб'єктивними, чи абсолютними і відносними, призначаючи покарання за незакінчений злочин, суд повинен їх враховувати, так як вони характеризують суспільну небезпеку вчиненого діяння і особи винного, впливають на міру вираженості об'єктивної сторони діяння.

Закріпивши в ч.1 ст.68 КК вимоги, які суд повинен враховувати при призначенні покарання за незакінчений злочин, законодавець, разом з тим, не встановив жодних меж призначення покарання в таких випадках. Право оцінювати ступінь тяжкості незакінченого злочину надано суду. Тому в судовій практиці непоодинокі випадки, коли суд за вчинення готування до злочину призначає винній особі більш суворе покарання, ніж за вчинення незакінченого чи закінченого замаху на цей же злочин, чи, навпаки, за вчинення закінченого

злочину чи закінченого замаху більш м'яке покарання, ніж за вчинення готування до злочину. При готуванні до злочину дії винної особи ще безпосередньо не спрямовані на об'єкт і не ставлять його в безпосередню небезпеку. Суб'єкт ще не виконує того діяння, яке є необхідною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Тому ступінь суспільної небезпеки вчинених діянь на цій стадії вчинення злочину є меншим, ніж на стадії замаху, коли діяння винної особи безпосередньо спрямоване на вчинення злочину, але не доводиться до кінця, тобто або особа не виконує всіх дій, що утворюють об'єктивну сторону, або ж не настають суспільно небезпечні наслідки, які зазначені у відповідній статті КК. Ця обставина не може бути не взята до уваги суду при призначенні покарання за незакінчений злочин і відображена у призначеному покаранні.

Відсутність в ч.1 ст. 68 КК чітко визначених меж призначення покарання за вчинення готування до злочину та за замах на злочин дає можливість суду для широкого, необґрунтованого суддівського угляду та в кінцевому результаті до зловживань. Крім цього, не виключається можливість призначення судом за готування до злочину покарання у максимальному розмірі, встановленому санкцією відповідної статті Особливої частини КК, що передбачає покарання за закінчений злочин. Тому слід скористатися досвідом ряду зарубіжних держав, кримінальне законодавство яких передбачає правило обов'язкового пом'якшення покарання за будь-який незакінчений злочин та встановлює його межі. У зв'язку із зазначеним вище пропоную в КК виділити окрему статтю''Призначення покарання за незакінчений злочин'' і викласти її у такій редакції:

1. При призначенні покарання за незакінчений злочин суд, керуючись положеннями статей 65-67 цього Кодексу, враховує ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця.
2. Строк або розмір покарання за готування до злочину не може перевищувати половини максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною статтею цього Кодексу за закінчений злочин.
3. Строк або розмір покарання за замах на злочин не може перевищувати трьох четвертих максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною статтею цього Кодексу за закінчений злочин.

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ДІЙ ВИКОНАВЦЯ ПРИ ВЧИНЕННІ ЗЛОЧИНУ "ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ" (СТ. 304 КК УКРАЇНИ)

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблеми кримінальної відповідальності за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність досліджувалися радянськими вченими-криміналістами, продовжують досліджуватися на сучасному етапі розвитку науки кримінального права. Незважаючи на це, ряд питань не знайшли свого однозначного вирішення. Серед них – питання про те, чи є втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність передбаченою у статті Особливої частини КК України діяльністю підбурювача (за висловом В.В. Палія – "спеціальним видом підбурювання до злочину"), яка повинна кваліфікуватися як діяльність виконавця злочину без посилання на статтю Загальної частини КК України. Відповідь на нього має важливе значення для правильного застосування кримінального закону.

Останнім часом в кримінально-правовій науці критикується практика притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка втягнула неповнолітнього у вчинення злочину (за наявності ознак співучасті), за сукупністю злочинів – за ст. 304 КК України та підбурювання до вчинення конкретного злочину (п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність" № 2 від 27.02.2004 р. – далі – постанова Пленуму ВС). На думку Л.В. Іногамової-Хегай, такий підхід призводить до порушення принципу заборони подвійного ставлення у вину, оскільки одні і ті ж обставини враховуються двічі. Проте, якщо вона як вихід пропонує статтю Особливої частини застосовувати тільки у випадку недосягнення неповнолітнім віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, то В.В. Палій обстоює позицію, що таке втягнення є підбурюванням до конкретного злочину, повністю дублює ознаки співучасті, а, отже, не поширюється на випадки залучення дорослою особою до вчинення злочину того, хто не є його суб'єктом.

Думаємо, ототожнювати втягнення у злочинну діяльність із співучастю не слід з таких причин:

1. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність посягає на інтереси нормального розвитку і правильного виховання неповнолітніх (В.В. Дзундза, Л.М. Кривоченко, І.П. Лановенко, П.С. Матишевський, В.К. Негоденко, Є.А. Худяков, С.С. Яценко та ін.). Встановлення кримінальної відповідальності за вчинення таких дій має велике попереджувальне значення, спрямоване на те, щоб запобігти формуванню негативних відхилень у поведінці неповнолітньої особи. Таким чином, безпосереднім об'єктом злочину "Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність" є інтереси їх правильного виховання та морального розвитку. Крім цього, схиляючи неповнолітніх до вчинення конкретного злочину

© Гриниха І., 2008

(злочинів), дорослі одночасно посягають і на інші суспільні відносини, які є об'єктами цих злочинів і охороняються кримінально-правовими нормами, що містяться в інших статтях КК України (наприклад, життя і здоров'я особи, відносини власності, громадська безпека тощо). Нормою про втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність вони не охороняються. Тому, якщо особу притягати до кримінальної відповідальності лише за втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність, поза кримінально-правовою оцінкою залишиться факт співучасті у вчиненні злочину (якщо неповнолітній дав свою згоду на вчинення злочину). Тому, не погоджуємося з позицією Л.В. Іногамової-Хегай, що кваліфікація вчиненого за сукупністю призводить до подвійного інкримінування. Як визначає В.О. Навроцький, стосовно кваліфікації злочинів складовою принципу недопустимості подвійного інкримінування є те, що "посягання не може кваліфікуватися за статтею Особливої частини кримінального законодавства, якщо інша стаття з числа інкримінованих цій же особі повністю охоплює скоєне". В нашому випадку жодна із статей не охоплює повністю вчиненого, а має місце ситуація, коли однією дією вчиняється два злочини (однією дією вчиняється посягання на об'єкти, які охороняються різними кримінально-правовими нормами) – ідеальна сукупність злочинів;

2. Під втягненням у злочинну діяльність в теорії та правозастосовчій практиці розуміють дії, які вчинені дорослою особою і пов'язані з безпосереднім впливом на неповнолітнього з метою викликати у нього рішучість взяти участь в одному чи кількох злочинах (п. 5 постанови Пленуму ВС). Це може бути як вплив з метою викликати рішучість вчинити конкретний злочин, так і зайнятися злочинною діяльністю "взагалі" (т.звана підготовка неповнолітнього до участі у злочинах, "пропаганда злочинного способу життя"). Жодну із цих форм втягнення не можна ототожнити з підбуренням до вчинення злочину (злочинів). По-перше, підбурення як діяльність одного із співучасників можливе лише на вчинення конкретного злочину, а не злочинів взагалі. Як зазначає В.К. Найденко, психологічна підготовка неповнолітнього до вчинення злочинів не є схиленням до вчинення конкретного суспільно небезпечного діяння, однак такі дії охоплюються диспозицією ст. 304 КК України. За висловом Є. Харшака, нерідко досить загальної пропозиції "вчиняти злочини", щоб схилити підлітка на злочинний шлях. По-друге, дії, вчинені з метою викликати рішучість неповнолітнього вчинити конкретний злочин, і підбурювання до злочину – не одне і те ж. Відповідно до ч. 4 ст. 27 КК України підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином *схилила* іншого співучасника до вчинення злочину, тобто викликала в нього намір, рішучість вчинити злочин (це діяльність результативна). Тоді як втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність є закінченим злочином з моменту здійснення дорослою особою дій, спрямованих на втягнення, незалежно від того, чи вчинив неповнолітній злочин (абз. 3 п. 5 постанови Пленуму ВС). І така позиція видається правильною, оскільки ст. 304 КК України встановлює відповідальність не за умисне спільне вчинення злочину дорослим і неповнолітньою особою, а за посягання на основи суспільної моралі у сфері розвитку і виховання молодого покоління;

3. Потерпілим від злочину, передбаченого ст. 304 КК України, названо неповнолітню особу. У кримінальному законі зміст цієї ознаки не розкривається. Всі науковці, які досліджували і досліджують цей злочин, одностайні в тому, що це особа, яка не досягла 18 років. Проте нижня вікова межа визначається не всіма. Ті ж, хто звертають увагу на це питання, відзначають, що неповнолітніми є також особи, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Таким же шляхом йде й судова практика. Згідно з п.6 та п. 7 постанови Пленуму ВС доросла особа підлягає відповідальності за ст. 304 КК України як у випадку вчинення злочину із залученням неповнолітніх осіб, які внаслідок свого віку (ст. 22 КК) не є його суб'єктами, так і при втягненні у вчинення злочину неповнолітнього, який такого віку досягнув. Обов'язковою ж ознакою співучасті є те, що кожен із співучасників повинен бути суб'єктом злочину, що спільно вчиняється.

Враховуючи наведені вище аргументи, вважаємо, що положення диспозиції ст. 304 КК України не дублює ознак співучасті, а кваліфікація вчиненого за сукупністю злочинів не порушує принципу заборони подвійного інкримінування.

Проте при розгляді цієї проблеми ми виходили із усталеного в теорії та правозастосовчій практиці роз'яснення змісту поняття "неповнолітній". На нашу думку, Верховний Суд у вказаній вище постанові застосовує поширювальне тлумачення кримінального закону. По-перше, термін "злочинна діяльність" є похідним від "злочин", поняття якого розкривається в ч. 1 ст. 11 КК України. Обов'язковою законодавчо визначеною ознакою злочину є те, що суспільно небезпечне діяння вчиняється *суб'єктом злочину*, тобто фізичною осудною особою, яка *досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність*. Буквальне тлумачення диспозиції ст. 304 КК України призвело б до того, що не одержували б кримінально-правової оцінки дії по втягненню осіб, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, у вчинення суспільно небезпечних посягань, які очевидно є антигромадською діяльністю (такий термін використовується в постанові Пленуму ВС), проте у вичерпному переліку її видів у диспозиції статті не названі. Дослідники проблеми боротьби із злочинністю відзначають, що "все більша кількість дітей 10-13 років втягується у вчинення проступків, що кваліфікуються в КК як злочини, але юридично не є злочинами, оскільки суб'єкт не досяг віку кримінальної відповідальності... Такі особи потрапляють у зону кримінологічного ризику: імовірність повторного злочину (рецидиву) тим вища, чим молодшою є особа, яка скоїла перший проступок" (І.О. Топольскова). По-друге, сам законодавець використовує два різні терміни, диференціюючи відповідальність за втягнення особи у вчинення злочину, передбаченого ст. 307 КК України, – неповнолітньої (ч. 2 ст. 307) та малолітньої (ч. 3 ст. 307). Цим створює непорозуміння у з'ясуванні змісту поняття "неповнолітній" в складах злочинів, передбачених ст. 304 КК України та іншими статтями, які містять спеціальні норми щодо втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, адже системний спосіб тлумачення передбачає, що одні і ті ж поняття в межах одного нормативно-правового акту мають тлумачитися однаково. У зв'язку з цим вважаємо, що формулювання положення диспозиції ст. 304 потребує законодавчих змін.

В контексті проблеми, що розглядається, вважаємо за необхідне зробити невелике уточнення. Погоджуємося з С.С. Яценком, що втягнення не будь-якої особи, що не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність, у вчинення суспільно небезпечного посягання кваліфікується за ст. 304 КК України. Такий підліток має розуміти суспільно небезпечний характер діяння, у вчинення якого його втягують. В протилежному випадку доросла особа виступає лише суб'єктом того злочину, для вчинення якого використала таку особу, оскільки тут її дії не спрямовані і фактично не заподіюють шкоди моральному розвитку неповнолітнього. Поряд з тим, та обставина, що доросла особа вчинила злочин з використанням малолітнього має бути врахована судом при призначенні покарання згідно з п.9 ч. 1 ст. 67 КК України.

Виникає запитання, чи може враховуватися при призначенні покарання ця обтяжуюча обставина, якщо до вчинення злочину залучається малолітній і дії винної особи кваліфікуються за ст. 304 КК України і тією статтею Особливої частини, яка передбачає відповідальність за конкретний вчинений злочин. Жодних роз'яснень з цього приводу ні в аналізованій нами постанові, ні в постанові Пленуму ВС України "Про практику призначення судами кримінального покарання" № 7 від 24.10.2003 р. не міститься. На нашу думку, ця обставина повинна враховуватися при призначенні покарання за конкретно вчинений злочин з використанням малолітнього, оскільки, виходячи з моменту закінчення злочину, нормою, передбаченою ст. 304 КК, охороняється лише нормальний моральний розвиток такої особи, вона не розрахована на посилення відповідальності у зв'язку з підвищеним ступенем суспільної небезпеки злочину, який фактично був вчинений дорослим не одноособово, а з використанням специфічного "знаряддя злочину" – малолітнього. Як правильно стверджує С.Д. Шапченко, в таких випадках, як правило, значно полегшується вчинення злочину (якщо доросла особа разом з малолітнім виконує об'єктивну сторону злочину, то має місце груповий спосіб вчинення злочину); може мати місце неконтрольований розвиток подій – спричинення малолітнім більш тяжких наслідків, які охоплювалися умислом винного. Тобто, в цьому значенні обставина, що обтяжує покарання, не передбачена в ст. 304 КК України як ознака складу злочину, що впливає на кваліфікацію. Тому відповідно до ч. 4 ст. 67 КК України вона повинна бути врахована при призначенні покарання.

Отже, все вищенаведене дозволяє нам зробити висновок, що кримінально-правова норма, якою встановлена відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, не дублює ознак співучасті, виконує власну функцію – правову охорону правильного морального розвитку і виховання неповнолітніх.

ДО ПИТАННЯ ПРО СПОСОБИ ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ СУДДІВ ЯК ОЗНАКУ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 376 КК УКРАЇНИ

Довгань Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ст. 376 КК України передбачає відповідальність за втручання в діяльність судді в будь-якій формі з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення. Оскільки конкретні можливі способи втручання в диспозиції ст. 376 КК не визначені, то на практиці виникає ситуація, коли втручанням в діяльність судді визнають діяння, які по-суті такими не є.

Наведемо приклад. 11 травня 2007 року Печерський районний суд м. Києва прийняв постанову, якою задовольнив позов виборчого блоку політичних партій «Блок Юлії Тимошенко» до Центральної виборчої комісії і зобов'язав ЦВК створити окружні виборчі комісії, що здійснюватимуть підготовку та проведення позачергових виборів народних депутатів України.

17 травня 2007 року Верховна Рада України видала постанову «Про спроби маніпулювання Печерським районним судом м. Києва у впливі на діяльність Центральної виборчої комісії», в якій вказала на таке:

«З огляду на те, що укази Президента від 2 квітня 2007 р. № 264 та від 26 квітня 2007 року № 355 щодо дострокового припинення повноважень Верховної Ради України перебувають на розгляді в Конституційному Суді України, місцевий загальний суд мав би зупинити провадження у справі до прийняття рішення Конституційним Судом України стосовно конституційності цих указів».

21 травня 2007 року Президія Верховного Суду України та Президія Ради Суддів України прийняла спільну заяву (схвалену Постановою Верховного Суду № 24 від 21.05.2007), в якій в абзацах 10-11 зазначила: «Так, 17 травня 2007 року народні депутати ухвалили Постанову Верховної Ради «Про спроби маніпулювання Печерським районним судом м. Києва у впливі на діяльність Центральної виборчої комісії», що містить положення, які за своїм змістом є втручанням у здійснення правосуддя, тиском на суддів, неповагою до суду та привласненням його функцій.

Так, у цій Постанові не тільки дано офіційну оцінку рішенню Печерського районного суду м. Києва від 11.05.2007 за позовом виборчого блоку політичних партій «Блок Юлії Тимошенко» (що у правовій державі є неприпустимим), а й вказано, як саме мав діяти суд та яке рішення він повинен був постановити».

Поняття «втручання» Великим тлумачним словником сучасної української мови визначається так: 1. *рідко* входити, проникати куди-небудь, у що-небудь. 2. Самочинно займатися чиїмись справами, встрявати в чиї-небудь стосунки тощо.// Брати активну участь у чомусь для припинення чого-небудь, протидіяння чому-небудь і т.ін.

© Довгань Н., 2008

Зважаючи на поняття втручання, а також мету втручання в діяльність суддів, як ознаки суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 376 КК – добитися винесення неправосудного рішення або перешкодити виконанню суддею службових обов'язків, не можна визнати втручанням в діяльність судді «вказівку», дану після вирішення справи, про те, яке рішення **мав** прийняти суд по цій, вже вирішеній, справі. Суб'єкт, який дає оцінку рішення по конкретній справі, ні теоретично, ні практично не може добитися винесення цим судом неправосудного рішення по цій справі, оскільки своє рішення по цій справі даний суд вже дав і змінити його не може. Тому досягти мети втручання в діяльність судді особі, в принципі, не вдасться.

Крім того, втручання в діяльність судді має місце тоді, коли воно здійснюється з метою добитися винесення **неправосудного** рішення чи перешкодити виконанню суддею своїх службових обов'язків. Відповідно ж до п.4 ст.201 ЦПК України суд **зобов'язаний** зупинити провадження у справі у разі неможливості розгляду цієї справи до вирішення іншої справи, що розглядається в порядку конституційного судочинства. Отже, таке рішення по справі відповідало б чинному законодавству і його не можна вважати неправосудним. А, отже, у такій вказівці немає складу злочину, передбаченого ст. 376 КК України.

В контексті досліджуваного питання варто звернути увагу на такий спосіб втручання в діяльність судді як критика в засобах масової інформації. Згадуючи такий спосіб втручання Пленум Верховного Суду України в постанові «Про незалежність судової влади» визначає його так: «критика судді в засобах масової інформації до вирішення справи у зв'язку з її розглядом».

Зупинимося на двох моментах такої критики:

по-перше, відбувається до вирішення справи;

по-друге, відбувається у зв'язку з її розглядом.

Визначаючи момент вирішення справи, слід дати відповідь принаймні на два питання:

1. До якого моменту критика судді стосовно вирішення певної справи буде вважатися втручанням в його діяльність?
2. Чи можна критику рішення суду, який розглядав справу по першій інстанції, в якій вказується на конкретні недоліки такого рішення, вважати втручанням в діяльність суддів, які будуть розглядати цю справу в апеляційному чи касаційному порядку?

Друге питання виникає у зв'язку з тим, що в абзаці 13 Заяви Президії Верховного Суду України та Президії Ради Суддів України зазначається: «Офіційна вказівка некомпетентного суб'єкта про те, яке саме рішення мав ухвалити суд, є втручанням у здійснення правосуддя і тиском на суддів, зокрема тих, які розглядатимуть цю справу в апеляційному та касаційному порядку».

Відповідно до чинного законодавства розгляд справи в суді закінчується винесенням рішення по справі. Так, наприклад, відповідно до ч.3 ст. 208 ЦПК України, судовий розгляд закінчується ухваленням рішення суду. Відповідно до ст. 320 КПК України після останнього слова підсудного суд негайно видаляється до нарадчої кімнати для постановлення вироку. Якщо ж прив'язати момент вирішення справи до того часу, коли справа пройшла всі передбачені чинним

законодавством інстанції – апеляційну, касаційну, то прийдеться визнати, що справа, по якій апеляційна чи касаційна скарга не подавалася є не вирішеною, з чим важко погодитися. Безумовно, чинне процесуальне законодавство дозволяє оскаржувати рішення суду першої інстанції, апеляційної інстанції, за певних умов може переглядатися і рішення касаційної інстанції, проте це не означає, що справа ще не вирішена. Справа є вирішена певним судом таким чином, як він вважав за необхідне. Якщо суд, який буде переглядати справу в передбаченому законом порядку, знайде підстави для зміни рішення, то це вже буде інше вирішення цієї ж справи. Отже, можна зробити висновок, що моментом вирішення справи судом слід вважати момент винесення по справі рішення судом, який розглядав справу у відповідній інстанції. Тобто, вирішення справи судом першої інстанції – момент постановлення рішення цим судом, а моментом вирішення справи судом апеляційної інстанції – момент винесення рішення судом апеляційної інстанції. Чинне процесуальне законодавство передбачає крім прийняття рішення судом, ще і окрему процедуру набрання таким рішенням законної сили. При цьому момент набрання рішенням суду законної сили ставиться, як правило, у залежність від факту подання апеляційної скарги. Тобто, рішення набирає законної сили не одразу після його проголошення. Проте, критика судді чи рішення суду, яка відбувається після постановлення рішення, але до набрання ним законної сили не може вважатися втручанням, тому що, як уже зазначалося, після проголошення рішення суддя вже не може його змінити.

Таким чином, можна зробити висновок, що критика **рішення** суду будь-якої інстанції не може бути втручанням в діяльність судді, оскільки, якщо є рішення суду, то критика відбувається **після**, а не **до** вирішення справи.

Критика може бути втручанням в діяльність судді, якщо вона відбувається у зв’язку з розглядом справи. Що слід розуміти під поняттям «у зв’язку з розглядом справи». Вирішення цього питання має важливе значення, оскільки відмежовує критику дозволену, зокрема, Конституцією України (право на свободу слова), від критики, яка вже є втручанням в діяльність суддів.

Як вбачається, критику можна вважати такою, що відбувається у зв’язку з розглядом справи, якщо така критика наділена такими ознаками щодо змісту:

1. Зі змісту інформації, яка подається як критика, можна встановити розгляду якої справи вона стосується. Це, наприклад, тоді, коли є вказівка на суть конкретної справи, конкретні сторони, інші ознаки, за якими справу можна індивідуалізувати.
2. Зі змісту інформації суддя може встановити чітко чи хоча б в загальних рисах, чого хоче добитися особа, яка таку критику поширює (яке рішення суддя має прийняти, який обов’язок суддя не має виконати тощо).

Вказані ознаки обумовлені тим, що критика, як спосіб вчинення злочину, передбаченого ст. 376 КК повинна бути здатною вплинути на суддю – спонукати його постановити неправосудне рішення чи не виконати свій службовий обов’язок.

Чи може бути втручанням в діяльність судді критика професійних чи особистих якостей судді, поширення негативної інформації про його родичів тощо, якщо вона не відповідає за змістом вищезазначеним вимогам? Щоб відповісти на це запитання розглянемо наступну ситуацію.

Поширюється негативна інформація про суддю. Зі змісту інформації неможливо встановити у зв'язку з якою справою вона поширюється і чого хоче добитися особа, яка таку інформацію поширює. Як це може вплинути на виконання суддею своїх службових обов'язків? Та ніяк. За умови, що до його відома не доведено незаконні вимоги іншим способом (в приватній розмові, через інших осіб, анонімним повідомленням тощо). Але, тоді втручанням буде ця вимога, яка доведена до відома судді, а поширення цієї інформації – додатковим підкріпленням «серйозності своїх вимог». Тому, вважаю саме лише поширення негативної інформації про професійні, особисті якості судді за відсутності вищевказаних ознак щодо змісту критики не може бути самостійним способом втручання в діяльність судді.

Найчастіше способом втручання може бути погроза критикою в ЗМІ. Саме погрожуючи поширенням негативної інформації особа може вплинути на суддю, спонукати виконати його незаконні вимоги – винести неправосудне рішення чи не виконати свій службовий обов'язок.

ДЕЯКІ УМОВИ ЕФЕКТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ

Ждиняк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ефективність кримінально-правових норм визначається різними умовами, що відносяться як до процесу правотворчості, так і до правозастосовчої діяльності. Предметом нашого дослідження є деякі умови ефективності, що відносяться до процесу правотворчої діяльності, стосуються власне кримінально-правової норми.

Що слід розуміти під умовами ефективності кримінально-правових норм.

Для того, щоб внутрішня здатність кримінально-правової норми, її ефективність, реально виявила себе в поведінці учасників суспільних відносин, необхідні певні чинники. Наявність останніх сприяє активному прояву ефективності кримінально-правової норми в об'єктивній дійсності, перетворення закладеної в ній можливості в реальну дійсність, а їх відсутність, навпаки, стримує цей процес. Чинники про які йде мова, в юридичній літературі зазвичай називають умовами ефективності кримінально-правової норми.

Таким чином, під умовами ефективності кримінально-правової норми необхідно розуміти ті чинники, від яких залежить здатність кримінально-правової норми впливати на вольову поведінку людей з метою утримання від вчинення злочину.

Перейдемо до безпосереднього з'ясування умов ефективності кримінально-правових норм. На нашу думку, умовами ефективності кримінально-правових норм є:

1. Відповідність кримінально-правової заборони об'єктивним закономірностям розвитку суспільства.

Встановлення кримінально-правової заборони в деяких випадках може не спричинити досягнення поставлених законодавцем цілей. Однією з причин цього може бути неврахування при встановленні кримінально-правової заборони об'єктивних закономірностей розвитку суспільства. Власне від глибокого пізнання та врахування в процесі правотворчості закономірностей розвитку суспільства та врахування тенденцій його розвитку залежить й ефективність кримінально-правової заборони. Крім того, як правильно зазначав Шаргородський М.Д., встановлення чи посилення кримінального покарання, може в деяких випадках взагалі не спричинити жодного ефекту, якщо ті діяння, з якими ведеться боротьба спричинені глибокими причинами, а для їх ліквідації – якщо їх взагалі можна ліквідувати – потрібні соціальні заходи іншого характеру. Таким чином, врахування цієї важливою умови в процесі правотворчості, без сумніву є необхідним для ефективності кримінально-правової заборони, а й відповідно забезпечення високої якості кримінального закону.

2. Своєчасне, повне та точне відображення в кримінально-правовій нормі всіх ознак відповідного суспільно-небезпечного діяння, що мають кримінально-правове значення, та внесення змін, яких вони потребують.

© Ждиняк Н., 2008

Правильність цієї умови не викликає сумнівів. Однак при її забезпеченні виникає як мінімум дві проблеми:

По-перше – будь-яке суспільно-небезпечне явище є настільки багатогранне, що безумовно вираження його в певній юридичній формі (кримінально-правовій нормі) не завжди правильно та точно враховує всіх його аспектів, що мають значення для ефективної боротьби з ним.

По-друге – невдале моделювання при формулюванні законодавцем відповідних кримінально-правових норм може бути через:

— невідповідність уявлень про відповідну суспільно-небезпечну поведінку;

— моделювання такої суспільно-небезпечної поведінки, яка об'єктивно не може бути реалізована.

Крім того, ефективність кримінально-правових норм залежить також від своєчасності, оперативності та обґрунтованості внесення тих змін, яких вони потребують. Тому, вірне відображення у кримінально-правовій нормі реальних характеристик суспільно-небезпечного діяння є необхідною умовою для ефективності кримінально-правових норм.

3. Дотримання в процесі нормотворчості правил законодавчої техніки.

Відомо, що правильне використання всіх засобів та прийомів законодавчої техніки забезпечує точність формулювань змісту кримінально-правової норми, її зрозумілість та доступність. Ушаков А.А. та Кузнецова Н.Ф. зазначають, «як показують перші досліди розкриття ефективності кримінального закону, низька результативність кримінально-правових норм нерідко пояснюється невпорядкованістю термінології закону. Причиною такої невпорядкованості виявляється не розробленість понятійного апарату теорії кримінального права». Нікітинський В.І, та Глазирін В.В. вказують, що на ефективність правових норм, впливає й найбільш вдалий вибір ступені узагальнення конкретних норм (абстрактний, казуїстичний) та спосіб викладу її елементів (прямий, відсильний, бланкетний).

Отже, недотримання вимог законодавчої техніки, в багатьох випадках спотворюють зміст кримінально-правової норми, призводять до різного застосування кримінально-правових норм на практиці.

Таким чином, дотримання та правильне використання всіх засобів та прийомів законодавчої техніки в процесі правотворчості є важливою умовою ефективності кримінально-правових норм, оскільки доступність та переконливість правових норм, точність, визначеність, їх внутрішня узгодженість, висока якість законодавчої стилістики сприяє правильному розумінню та реалізації кримінально-правових норм.

4. Своєчасність та доступність інформації про зміст кримінально-правових норм.

Стаття 57 Конституції України гарантує кожному право знати свої права й обов'язки. Для цього закони та інші нормативно-правові акти мають бути доведені до відома населення. Тобто, кримінально-правова заборона може запобігти вчиненню злочину, якщо вона буде відома людям.

Загальнопревентивний вплив кримінально-правових норм, передбачений законодавцем, як одне із завдань Кримінального кодексу України (далі – КК). Так, завданням КК є „правове забезпечення охорони прав та свобод людини і

громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам". Для здійснення свого завдання КК України „визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, які їх вчинили". Таким чином, законодавець впливає на волю та свідомість громадян, шляхом кримінально-правової заборони, щоб змусити громадян утриматися від вчинення злочину.

Отже, якщо КК одним із завдань має, запобігання вчиненню злочинів і це завдання повністю або значною мірою досягається за допомогою факта опублікування кримінально-правових норм, то кримінально-правова вимога, без сумніву, реалізується (через дотримання), а незастосування норм власне й свідчить про її високу ефективність, звісно за умови відсутності відповідних злочинів. Навпроти, систематична реалізація норми шляхом правозастосування зовсім не свідчить про її ефективність. Якщо, наприклад, встановлено, що часте використання будь-якої санкції практично не здійснює бажаного впливу на нестійких осіб, відповідну правову норму навряд чи можна визнати високоефективною.

З приводу цієї умови ефективності кримінально-правової норми хочемо звернути увагу ще на таке:

1) значення джерел інформації, з яких населення отримує відомості про чинну кримінально-правову заборону, протягом дії закону, неминуче змінюється.

2) вплив різних типів інформаційних джерел на рівень правових знань населення не рівнозначна. Однак, дослідження ефективності різних джерел правової інформація є завданням правової пропаганди.

Тому, своєчасність та доступність інформації щодо змісту кримінально-правових норм є безумовно важливою умовою для забезпечення превентивного впливу на громадян з метою утримання їх від вчинення злочину під погрозою покарання, а отже й умовою ефективності кримінально-правової норми.

На кінець, хочеться зазначити, що в цьому дослідженні ми не ставили за мету запропонувати вичерпний перелік умов ефективності кримінально-правових норм, оскільки це складне та багатогранне питання та настільки маловивчене, що без сумніву потребує подальших досліджень.

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТУ ПОКАРАННЯ

Ковтун Н.

Львівського національного університету імені Івана Франка

Якщо наявність мети кари серед цілей покарання обговорюється в науковій літературі найбільш гостро, то це аж ніяк не означає, що питання про інші цілі покарання, їхнє формулювання в законі однозначно сприймається науковцями. Звісно, що ці проблеми на фоні дискусій про кару як мету покарання обговорюються не так активно, проте єдиного підходу у вирішенні цього питання також немає. Сприяє дискусіям на цю тему і зміни в кримінальному законодавстві, адже в чинному КК України 2001 р., на відміну від КК 1960 р., цілі покарання визначені по іншому. Справедливості ради треба відмітити і неузгодженості у цьому питанні, які маються місце між КК України та КВК України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 50 КК України покарання має на меті не тільки кару за вчинений злочин, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Таким чином, наведене законодавче визначення дозволяє говорити, що крім кари, ще, як мінімум дві цілі законодавець поставив перед покаранням. Разом з тим ч. 1 ст. 1 КВК України законодавець взагалі не згадує про таку мету покарання к кара. Натомість в ч. 1 ст. 1 та ч. 2 ст. 6 КВК України законодавцем фактично вводиться нова мета застосування покарання – ресоціалізація засуджених. Очевидним є те, що використання різних понять для позначення цілей покарання не сприяє однаковому розумінню цього кримінально-правового явища. Крім того, з урахуванням співвідношення таких галузей права як кримінальне право та кримінально-виконавче право видається неприпустимою ситуація, коли положення матеріального кримінального закону, які визначають зміст та призначення певних кримінально-правових понять, змінюються нормами обслуговуючих галузей права, які є по своїй суті процесуальними.

Спробуємо з’ясувати зміст такої мети покарання як виправлення. Перш за все відзначимо, що у ч. 1 ст. 22 КК України 1960 року законодавець поряд із метою виправлення передбачав мету перевиховання засудженого. Як бачимо у КК України 2001 року мета перевиховання окремо не передбачена серед цілей покарання. З огляду на це виникає питання про те, а що змусило законодавця змінити цілі покарання і відмовитися від мети перевиховання? Очевидно, що відповідь на це питання можна дати тільки, якщо проаналізувати співвідношення понять “виправлення” і “перевиховання”.

Так, В.Г. Смірнов, Ю.Б. Мєльнікова, А.П. Кондусов, С.Г. Кєліна вважають, що законодавець не випадково розрізняв ці поняття. На їх думку, коли мова йде про виправлення особи, то йдеться про необхідність виправити, змінити де – які окремі негативні риси особи злочинця, які не набули ще стійкого антисоціального характеру, а тому вони можуть бути усунуті шляхом застосування відносно несуворих заходів кримінально – правового впливу. Перевиховання, на відміну від виправлення, вважають вони, означає докорінну зміну свідомості злочинця, зокрема, створення у нього позитивного ставлення до праці, до правил співжиття в суспільстві. Таким чином, про перевиховання особи

© Ковтун Н., 2008

злочинця необхідно ставити питання в тих випадках, коли в його свідомості глибоко осіли стійкі антисоціальні погляди та звички, а отже для їх усунення необхідним є більш суворі та інтенсивні заходи кримінально – правового впливу. Отже на думку названих науковців законодавець виправдано окремо передбачав такі цілі покарання як виправлення та перевиховання, оскільки вони позначають різні функції покарання стосовно різних за суспільною небезпекою злочинців.

Щодо співвідношення вказаних понять були висловлені і інші точки зору. Так, зокрема, А.І. Мєдвєдєв, М.Н. Фріцула, Р.М. Хмурич та З.А. Астєміров вважають, що виправлення і перевиховання пов'язані між собою поняття і взагалі не можуть розглядатись окремо. Перевиховання особи вони розглядають як відносно тривалий процес, який в разі його успішного проведення повинен призвести до виправлення особи. Проте бувають випадки, коли не зважаючи на те, що процес перевиховання мав місце, особа не виправилась. Таким чином, виправлення вони пропонують розглядати як позитивний кінцевий результат процесу перевиховання.

В.М. Хомич вважає, що навіть, якщо припускати існування серед заходів впливу в межах кримінальної відповідальності в максимальній кількості виховних засобів, це все ж таки не дозволить ставити перед кримінальною відповідальністю мету виправлення злочинця. Скоріше, на його думку, треба говорити, що кримінальна відповідальність має мету ресоціалізації злочинця, тобто досягнення такого ступеня його виправлення, який характеризується наявністю у нього стійкої мотивації законослухняної поведінки в суспільстві. Тому, на його думку, треба погодитись з М.Д. Шаргородським, що єдина функціонально досяжна для кримінальної відповідальності мета – це попередження вчинення злочинів (спеціальна та загальна превенція).

Відповідно до наступної точки зору на питання щодо співвідношення вказаних понять, вони повинні розглядатися як тотожні. Таку думку свого часу захищав І.С. Ной, згодом до неї приєднався В.М. Бурдін. На думку названих вчених, вказані поняття використовуються законодавцем в одному і тому ж значенні з метою в доступній для населення формі виразити думку про виховні цілі покарання. Обґрунтовуючи свою позицію, вони наводять приклади з кримінального закону, де законодавець використовує одне з цих понять, в іншому – одночасно обидва, проте очевидним є те, що і в першому, і в другому випадку йдеться про одне і теж. Так І.С. Ной вважає, що якщо слідувати логіці тих вчених, які вважають, що поняття виправлення і перевиховання різні за своїм значенням, то треба визнавати, що такий вид покарання як виправні роботи треба застосовувати лише до тих осіб, ступінь зіпсованості яких вимагає лише виправлення, а не перевиховання. Крім того, зазначають вони, якщо припустити, що поняття виправлення і перевиховання різні за своїм значенням, то яким чином і на основі яких критеріїв треба розрізняти, хто саме з винних у вчиненні злочину осіб потребує лише виправлення, а хто перевиховання.

Музика А.А. вважає, що пануючою точкою зору, якої дотримується і він, в юридичній літературі є та, яка розглядає виправлення і перевиховання як близькі, тісно пов'язані між собою поняття, проте не розглядає їх як тотожні, оскільки вони відображають різний рівень виправного впливу. Саме тому на його думку закон завжди розділяв їх не випадково. На доказ своєї позиції А.А. Музика наводить витяг зі Словника української мови, де зазначено, що виправляти,

виправити означає: "усуваючи хиби, вади, помилки, робити правильним, таким, що відповідає певним вимогам", а перевиховувати, перевиховати тлумачиться як "вихованням прищеплювати кому – небудь нові навички, погляди, норми поведінки". На думку В.М. Бурдіна, наведений витяг не дає можливості говорити про існування різниці між вказаними поняттями. Навпаки, вважає він, цей витяг доводить їх тотожність. При цьому ним робиться посилання на Словник синонімів української мови, де серед синонімів до слова "виправляти" наведено слово "перевиховувати". Таким чином, він пропонує розглядати ці терміни як синоніми, а поняття, що ними позначаються, тотожними.

На нашу думку, той аргумент, що у словнику синонімів ці слова можуть вважатися як синоніми не може однозначно свідчити про те, що і кримінально-правові поняття, що ними позначаються, є тотожними. Справа в тому, що побутова мова не є формалізованою, на відміну від правничої термінології. В побуті для того, щоб прикрасити мову можуть бути використані в певному контексті як синоніми різні слова, які подібні за змістом, але навряд чи таке використання термінів можна припустити, коли мова йде про правничу термінологію. На відміну від побутової мови та художньої мови, мова закону повинна бути максимально формалізованою так би мовити "сухою", адже в такому випадку вона призначена позначати певні кримінально-правові поняття, які мають чітко визначений зміст та функціональне призначення. Тому навряд чи можна поголитися з тими науковцями, які вважають, що законодавець використовує синоніми для більш зрозумілого пояснення населенню цілей покарання. Ми погоджуємося з тими науковцями, які вважають, що поняття "виправлення" і "перевиховання" не є тотожними. Саме ця точка зору є більш аргументованою. Разом з тим вважаємо правильною позицію законодавця, який вирішив відмовитися вказувати на окрему мету покарання – перевиховання засудженого. Зауважимо, саме нетотожність вказаних понять і обумовило те, що законодавець залишив мету виправлення, а не перевиховання засудженого. Адже з урахуванням визначення терміну "перевиховання", яке подається у Словнику української мови, така мета покарання є утопічною і навряд чи може бути досягнутою.

В ст. 6 КВК України законодавець доповнює цілі покарання, порівняно зі ст. 50 КК України, вказуючи на те, що покарання переслідує мету ресоціалізації засудженого. При цьому виправлення згідно ч. 1 ст. 6 КВК України пропонується розглядати як процес позитивних змін, які відбуваються в особистості засудженого та створюють у нього готовність до самокерованої право слухняної поведінки. Ресоціалізація визначається відповідно до ч. 2 ст. 6 КВК України як свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві. При цьому законодавець вважає, що виправлення засудженого є необхідною умовою його ресоціалізації. На нашу думку, введення до КВК України нового поняття, яке позначається терміном "ресоціалізація", призводить до плутанини та неоднозначного розуміння цілей покарання. Якщо виправлення є лише однією із необхідних умов ресоціалізації засудженого, то виникає питання, а які інші її умови і якими засобами вони досягаються і чому перед покаранням законодавець не ставить такої мети як ресоціалізація засудженого. Разом з тим засоби, якими досягається виправлення та ресоціалізація засуджених, відповідно до ч. 3 ст. 6 КВК України однакові. На

нашу думку, вирішення цієї спірної ситуації може відбуватися в один із двох способів: 1) або відмовитися від такої мети як ре соціалізація засудженого; 2) або вказати на таку мету в ч. 2 ст. 50 КК України. Нам видається, що перший варіант вирішення цієї проблеми є більш вдалим. Справа в тому, що, формулюючи цілі покарання, законодавець повинен робити це виходячи із реальних можливостей цього правового інституту здійснювати вплив на особу засудженого. При цьому необхідно уникати суто декларативних цілей, як це мало місце в КК України 1960 року. Створюється таке враження, що така мета як перевиховання особи в трансформованому виді все ж таки повертається у законодавство, знаходячи своє відображення у новій термінології. З урахуванням викладеного пропонуємо узгодити між собою положення ч. 2 ст. 50 КК України та положення ст. 6 КВК України шляхом виключення вказівки на мету ресоціалізації засудженого. В такий спосіб будуть не тільки узгоджені між собою положення КК України та КВК України, але й визначення цілей покарання набуде реалістичного змісту.

ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У СФЕРІ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Марисюк К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах побудови в Україні правової держави особливого значення набуває дослідження та впровадження у власну правову практику найбільш передового досвіду як зарубіжних держав, так і нормативно-правових актів міжнарожних інституцій, у яких визначаються основні засади подальшого розвитку законодавства їх держав-членів. Однією з найменш вивчених у цьому прані можна вважати сферу кримінально-виконавчого права. Саме на питання правового закріплення міжнародного співробітництва з питань виконання покарань і спрямовані ці тези. Усвідомлюючи, що всі проблемні питання у межах одного короткого дослідження висвітлити неможливо, звернемо увагу лише на найбільш актуальні, з точки зору автора, моменти та спробуємо окреслити систему нормативно-правових актів, які покликані врегульовувати питання міжнародного співробітництва у сфері виконання покарань, розділивши їх за юридичною силою та об'єктом правового врегулювання.

Беззаперечно, що найвищу юридичну силу мають акти Організації Об'єднаних Націй, які, в свою чергу, можна поділити на три групи.

До першої групи відносяться акти загального характеру, які, закріплюючи основні принципи взаємовідносин держави і окремої особи, з поміж іншого торкаються і питань кримінально-виконавчого права. Такими, наприклад, є Загальна декларація прав людини 1948 р. та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р.

Другу групу складають приписи, які закріплюють загальні положення у сфері виконання покарань. До них можна віднести, наприклад, Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями 1955 р., Декларацію про захист всіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність видів поводження і покарання 1975 р., Конвенцію про захист всіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність видів поводження і покарання 1984 р. і т.д.

Третя група об'єднує в собі акти, які стосуються лише певного, вузького кола питань у досліджуваній сфері. Її умовно можна розділити на дві частини. До першої видносяться приписи, які врегульовують правовий статус та норми поведінки окремих суб'єктів правовідносин (наприклад, Кодекс поведінки посадових осіб по підтримці правопорядку 1979 р., Принципи медичної етики, що визначають роль працівників охорони здоров'я, особливо лікарів, в захитсі ув'язнених чи затриманих осіб від катувань і інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1982 р. та ін.). Другу частину складають акти Організації Об'єднаних Націй, які врегульовують питання, пов'язані з окремими групами ув'язнених (наприклад, Заходи, що гарантують захист прав тих, хто засуджених до страти 1984 р., Мінімальні

© Марисюк К., 2008

стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх 1985 р., Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням 1990 р. та ін.).

З метою деталізації положень перелічених вище актів, а також для полегшення їх застосування на практиці, регіональні інституції приймають і впроваджують в дію свої приписи. Для Європейського континенту такими є акти Ради Європи та регіональних організацій. Розглянемо їх за рівнем значимості.

Акти Ради Європи умовно можна поділити на дві частини.

Перша з них має обов'язкове значення для держав-членів і вступає в дію після ратифікації зазначених вище актів або приєднання до них компетентними на це органами зазначених вище держав. За змістом приписи цієї групи складаються з двох груп:

1. акти загального характеру, які, закріплюючи основні принципи взаємовідносин держави і окремої особи, торкаються й питань, пов'язаних з виконанням покарань. Такою, наприклад, є Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини 1950 р. (ратифіковано Законом України № 475/97-ВР від 17 липня 1997 р.).
2. акти, які спрямовані на врегулювання питань, пов'язаних з виконанням покарань. До цієї групи можна віднести, наприклад, Європейську конвенцію про нагляд за умовно засудженими або умовно звільненими правопорушниками 1964 р. (приєнано Законом України № 336/59-ВР від 22 вересня 1995 р.), Європейську конвенцію про передачу засуджених осіб 1983 р. (ратифіковано Законом України № 337/95-ВР від 22 вересня 1995 р.), Європейську конвенцію про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом 1990 р. (ратифіковано Законом України № 738/97-ВР від 17 грудня 1997 р.) та ін.

До другої частини відносяться резолюції та рекомендації Комітету міністрів Ради Європи, які, встановлюючи основні напрямки подальшого розвитку законодавства держав-членів, не є частиною внутрішнього законодавства, у зв'язку з чим і не потребують ратифікації. Не недооцінюючи важливості зазначених актів, зазначимо, що саме з їх врахуванням держави-члени Ради Європи мають вдосконалювати своє внутрішнє законодавство, якомога повніше враховуючи закріплені у них положення. Серед найбільш значущих приписів цієї частини, на нашу думку, можна виділити Резолюцію R (75) 25 про працю в'язнів 1975 р., Резолюцію R (76) 10 про деякі міри покарання, альтернативні позбавленню волі 1976 р., Рекомендацію R (82) 17 щодо системи ув'язнення і поводження з небезпечними злочинцями 1982 р., Рекомендацію Rec (2003) 22 про умовно-дострокове звільнення 2003 р. та ін.

Ще однією регіональною інституцією, до відання якої належить прийняття регіональних нормативно-правових приписів у сфері виконання покарань є Співдружність Незалежних Держав. Зазначена організація звернула певну увагу й на питання кримінально-виконавчого права, розроробивши і відкривши для підписання 6 березня 1998 р. Конвенцію про передачу засуджених до позбавлення волі для подальшого відбування покарання. Не зважаючи на доволі тривалий строк, що пройшов з того часу, Україна досі до неї не приєдналась.

Останню групу нормативно-правових актів, які стосуються міжнарожного співробітництва у сфері виконання покарань, складають договори України з іншими державами. Значною мірою їх зміст є доволі ідентичним і щодо досліджуваного нами питання або просто згадується про подальшу співпрацю у боротьбі зі злочинністю, або ж констатується, що "сторони визнають, що до сфери їх спільної діяльності, яка реалізується на рівноправній основі через спільні координуючі інститути Сторін, належать: … – боротьба із злочинністю, включаючи міжнародну злочинність" (див., наприклад, ст. 8 Договору між Українською Радянською Соціалістичною Республікою та Російською Радянською Федеративною Соціалістичною Республікою від 19 листопада 1990 р. (ратифіковано Постановою ВР УРСР № 495-12 від 22 листопада 1990 р.), ст. 8 Договору між Українською Радянською Соціалістичною Республікою та Білоруською Радянською Соціалістичною Республікою від 29 грудня 1990 р. (ратифіковано Постановою ВР УРСР № 717-12 від 13 лютого 1991 р.) та ін.). Фактично, в цьому не вбачається нічого дивного, оскільки основним завданням будь-якого міжнародного договору є закріплення саме основних принципів взаємодії між договірними державами з найбільш важливих для них питань.

Проте деякі договори України з зарубіжними державами дещо відходять від зазначеного вище правила, значно детальніше звертаючи увагу на питання кримінально-правової, кримінально-процесуальної та кримінально-виконавчої сфер. Такими, наприклад, є Договір між Україною та Арабською Республікою Єгипет про видачу правопорушників 2004 р. (ратифіковано Законом України № 2696-IV від 22 червня 2005 р.), Договір між Україною та Корейською Народно-Демократичною Республікою про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання 2005 р. (ратифіковано Законом України № 2694-IV від 22 червня 2005 р.), Договір між Україною і Туркменистаном про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для подальшого відбування покарання 2005 р. (ратифіковано Законом України № 2938-IV від 05 жовтня 2005 р.) та ін.

Підсумовуючи наведене вище можна дійти висновку, що, не зважаючи на доволі широке коло нормативно-правових актів, покликаних врегульовувати міжнародне співробітництво у сфері виконання покарань, значна частина з них досі залишається мало дослідженими, а часто й просто ігнорованими, вітчизняними науковцями та практиками. Видається, що більш грунтовний аналіз їх змісту, а також більш широке та швидке втілення в життя їх основоположних принципів та засад, дало б можливість значною мірою заповнити прогалини вітчизняного кримінально-виконавчого законодавства та наблизити його до аналогічного законодавства найбільш розвинених держав світу.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗДІЙСНЕННЮ РЕЛІГІЙНОГО ОБРЯДУ В ІСТОРІЇ ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Безперешкодне відправлення релігійних культів та ритуальних обрядів є гарантованою Конституцією України свободою, а її кримінально-правова охорона забезпечується існуванням у чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК України) ч. 1 ст. 180 «Перешкоджання здійсненню релігійного обряду».

Згадана стаття потрапила до КК України не випадково. Протягом багатьох століть законодавчі акти, що діяли на території сучасної України, встановлювали кримінальну відповідальність за порушення порядку проведення богослужінь, створення перешкод здійсненню різного роду культової діяльності. Ці положення є історичними прототипами сучасної редакції ч. 1 ст. 180 КК України, а їх дослідження дозволить не тільки прослідкувати ґенезу названої норми, але й довести закономірність її існування у чинному КК, історичну обумовленість останньої.

Одразу зазначимо, що до початку XX ст. законодавство Російської імперії, яке діяло на українських землях, забезпечувало кримінально-правову охорону лише християнським, зокрема православним, богослужінням і обрядам. Такий стан речей обумовлювався пануючим становищем православної церкви у державі, виконанням нею функцій державного інституту. Щодо австрійського та угорського кримінального законодавства, яке було чинним на західноукраїнських землях у XIX – початку XX ст., то тут спостерігається рівномірна охорона обрядів всіх визнаних державою віросповідань.

Перші згадки про порушення порядку в церквах містяться ще в статутах князів Володимира та Всеволода, які забороняли вводити без нагальної потреби до церкви собак і птицю, та в Литовському статуті 1588 р., де злочином визнаються напади на «костьоли Божі» (на думку В. М. Ширяєва такі дії розцінювалися як посягання на «спокій, мир церкви»).

Законодавчим актом, що вперше систематизував кримінально-правові норми у сфері релігії, стало Соборне уложення 1649 р. царя Олексія Михайловича. Уложення розпочиналося главою І «Про богохульників і церковних бунтівників». Тут ми знаходимо відразу кілька норм про злочини, які порушують порядок проведення богослужінь: безчинство в церкві, яке перервало божественну літургію; образа під час богослужіння священнослужителя; звернення під час богослужіння із суплікою до царя, патріарха чи інших вищих церковних чинів.

Перша з наведених норм віддалено нагадує чинну норму ч. 1 ст. 180 КК України. Така подібність проявляється у тому, що обидві норми: 1) не передбачають приблизний перелік діянь, які можуть перешкодити відправленню

© Маркін В., 2008

богослужіння (чи релігійного обряду); 2) містять вказівку на наслідки, тобто, висловлюючись сучасною термінологією, передбачають матеріальні склади злочину. Як бачимо, вже в середині XVII ст. законодавець усвідомив, що суспільна небезпека злочинного перешкоджання здійсненню богослужінь обумовлюється, насамперед, злочинними наслідками – перервою «Божественної літургії». Санкції за такі діяння були різними – від грошового штрафу до кваліфікованих видів смертної кари.

У XVIII ст. спостерігається зростання кількості норм про злочинні порушення порядку богослужінь, що підтверджується положеннями Артикулу військового 1715 р. та Прав, за якими судиться малоросійський народ 1743 р.

До цих норм Артикул військовий відносить відправлення священиком богослужіння у стані сп'яніння та появу у такому ж стані в церкві солдат і офіцерів. Відповідальність диференційована в залежності від наявності ознак повторності. Так, у випадку вчинення цих діянь «утретє» священик позбавлявся духовного чину, а офіцер підлягав тимчасовому відстороненню від військової служби і понижувався у званні до рядового.

Обидва згадані законодавчі акти містять норми про заборону під час богослужінь проведення різноманітних масових заходів, продаж товарів. Наприклад, артикулом 6 Прав, за якими судиться малоросійський народ, на старшин та міських урядників покладений обов'язок слідкувати за тим, щоб під час богослужіння не відбувалося жодних святкувань, ігрищ чи інших гулянь, закривались усі «шинки», «лавки і комори». До порушників вказаних приписів застосовувалися покарання у вигляді грошового штрафу, арешту чи інші покарання, визначені «вищою владою».

Ця ж тенденція зберігається і в російському законодавстві XIX ст.

Том XV Зводу законів Російської імперії 1832 р. знову збільшує кількість злочинів, що порушують порядок богослужінь. Кримінально-караними стають найдрібніші проступки: розмови чи ходіння у церкві, вчинення шуму, інші дії, які порушують церковний спокій і відволікають увагу прихожан. Передбачені необґрунтовано суворі санкції (тілесні покарання, тюремне ув'язнення, арешт, штраф).

У Зводі законів (як і в Соборному уложенні 1649 р.) міститься норма, яка встановлює відповідальність за недопущення здійснення богослужіння. Такі діяння розглядаються законодавцем як найбільш небезпечний вид порушення церковного спокою і каралися побиттям батогом і каторжними роботами.

Найбільшу кількість норм про злочини такого роду містило Уложення про покарання кримінальні і виправні 1845 р. (14 статей, деякі з яких містили по кілька норм). Їх можна об'єднати у три групи: 1) норми, які передбачають відповідальність за злочини, що порушують порядок богослужіння та задоволення духовних потреб шляхом посягання на життя, здоров'я та недоторканність священнослужителів; 2) норми про злочини, що порушують порядок богослужіння у церквах чи інших спеціально призначених для цього місцях; 3) норми про злочини проти порядку відправлення богослужінь та виконання релігійних обрядів поза межами церкви. Аналіз цих норм дозволяє говорити про такі найбільш характерні риси Уложення про покарання кримінальні і виправні.

По-перше. Уложення надало кримінально-правовий захист не лише богослужінням, але й іншим видам культової діяльності. Як предмет злочинного посягання в статтях названі «хресний хід», «освячення води», «публічна молебень», «задоволення духовних потреб», «священний обряд». Більше того, Уложення містить спеціальну норму (ст. 240), присвячену охороні релігійних обрядів, які здійснюються у громадських закладах і «приватних будинках».

По-друге. В цьому законодавчому акті зроблено спробу поєднати норми про порушення порядку під час богослужінь (або задоволення інших духовних потреб) з нормами про відповідальність за посягання на особу священнослужителя. Таким чином, законодавець починає конструювати норми про злочини з складним об'єктом, де посягання щодо життя, здоров'я чи недоторканності священнослужителя виступає способом порушення порядку під час богослужіння чи задоволення інших релігійних потреб.

По-третє. В Уложенні наявні кваліфіковані (вчинення злочину повторно чи групою осіб) та привілейовані (злочин вчинено у стані сп'яніння, якщо винний довів себе до такого стану без наміру вчинити цей злочин) склади розглядуваних злочинів. Наслідки у вигляді зупинення богослужіння тут використовуються як ознака основного складу злочину (ст. 224), або ж як кваліфікуюча ознака (ч. 2 ст. 231).

Щодо санкцій, які передбачені за ці злочини, то вони не зазнали суттєвих змін у порівнянні з Зводом законів 1932 р. Так, не відмінені тілесні покарання (Уложення згадує про побиття батогами, накладення клейма); широко застосовується заслання, каторжні роботи, ув'язнення, арешт, грошовий штраф, інші покарання. У багатьох випадках винний позбавлявся всіх прав свого стану.

У Статуті про покарання, що накладаються мировими суддями 1864 р., містяться положення про менш небезпечні злочини, справи про які підлягають одноособовій юрисдикції мирових суддів. Тут розміщено дві кримінально-правові норми про порушення порядку під час богослужіння та одна норма про порушення порядку під час урочистих походів і святкувань. Ці норми практично повністю дублюють відповідні положення Уложення про покарання кримінальні і виправні, однак містять додаткову вказівку на негативну ознаку – якщо такі діяння не поєднувалися з «образою святині». З наведеного напрошується висновок про те, що діяння, передбачені як злочинні в обох згадуваних актах, кваліфікуються за статтями Уложення про покарання кримінальні і виправні у випадку, коли вони поєднувалися з образою святині.

Не вніс суттєвих змін у кримінально-правову регламентацію сфери релігії і Статут про попередження і запобігання злочинам у редакції від 1876 р. Характерною рисою цього Статуту слід вважати виділення у ньому глави IV «Про попередження і запобігання злочинам проти правил віротерпимості», де законодавцем зроблено одну із перших спроб захистити права представників «… іноземних християнських та іновірних сповідань» на вільне відправлення богослужінь. Однак таке положення носило лише декларативний характер. Реальне кримінальне переслідування осіб, які обмежують це право, розпочалося після 1906 р., коли набрали чинності окремі положення Кримінального уложення 1903 р.

Загалом, у частині кримінально-правової регламентації сфери релігії Кримінальне уложення 1903 р. залишилося на тих же позиціях, що і Уложення про покарання кримінальні і виправні.

Найбільш суттєвим зрушенням слід вважати введення до його тексту положень про охорону культової діяльності представників нехристиянських віросповідань. Так, Ст. 77 передбачає відповідальність за непристойний крик, шум або інше безчинство, які перервали «громадську службу визнаного в Росії нехристиянського віросповідання», у випадку, коли таке безчинство вчинене публічно або в молитовному домі такого віросповідання. Якщо звернутися до аналогічної норми, що стосується охорони християнських богослужінь (ст. 75), то ми побачимо, що рівень їх кримінально-правової охорони незрівнянно вищий. Для притягнення до відповідальності за ст. 75 не потрібно ні наслідків у вигляді перерви у богослужінні (тут вони, разом з іншою ознакою – «вчинене натовпом», виступають кваліфікуючими), ні ознак обстановки (публічність) чи місця вчинення злочину.

Прогресивнішою в цьому плані є норма ст. 80 Кримінального уложення, де встановлено відповідальність за «перешкоджання шляхом насильства над особою або кримінально караної погрози здійсненню богослужіння або обряду, встановлених правилами визнаного в Росії віросповідання». Це положення стосувалося як представників християнських, так і всіх інших визнаних в Російській імперії віросповідань.

За вчинення цих злочинів Кримінальне уложення 1903 р. вже не передбачає тілесних покарань, замінюючи їх арештом або ув'язненням («тюрма»).

Вище ми аналізували положення законодавчих актів Російської імперії, до якої входила більша частина українських земель. Однак протягом XIX – початку XX ст. на території Галичини, Буковини та Закарпаття діяло також австрійське і угорське законодавство.

Австрійські Кримінальні уложення 1803 р. та 1852 р. містять незрівнянно меншу кількість норм про злочини у сфері релігії, а їх положення лише в загальних рисах описують діяння, що є кримінально-караними. Обидва уложення згадують про відповідальність за порушення відправлення дозволеного в державі релігійного культу (параграф 107 b уложення 1803 р. і 122 b уложення 1852 р.), що карається ув'язненням на строк від 6 місяців до 1 року. У випадку наявності кваліфікуючих (наприклад, коли такі дії спричинили «публічний скандал» (уложення 1803 р.) чи внаслідок цього особа зреклася своєї віри (уложення 1852 р.)), або особливо кваліфікуючих ознак (зокрема, коли порушення культу мало особливо злісний характер, становило значну небезпеку) термін ув'язнення сягав 5 р., або навіть 10 р. Крім того, уложенням 1852 р. до проступків проти публічного спокою та порядку віднесено також непристойну поведінку під час публічного богослужіння законно визнаних церкви чи релігійного товариства, що здатна потягнути «звабления» (параграф 305).

Дещо по-іншому розглядувані питання регламентується Угорським кримінальним уложенням про злочини і проступки 1879 р. Тут також існує відповідальність за перешкоджання або зрив шляхом насильства відправлення культу будь-якої з визнаних державою релігій (параграф 190). Крім наведеного положення, Уложення містить ще дві норми, де час проведення богослужіння виступає об'єктивною ознакою основного складу злочину. Це норми про наругу

над предметами релігійного призначення (параграф 191) та образу або насильство щодо священнослужителя (параграф 192). За ці діяння передбачено строкове ув'язнення з накладенням штрафу.

Джерела кримінального законодавства радянського періоду містили одну норму, присвячену охороні релігійних обрядів. У КК УСРР 1922 р. та КК УРСР 1927 р., 1960 р. відповідальність встановлювалася за «перешкоджання відправленню («виконанню» – КК 1922 р., КК 1927 р.) релігійних обрядів, оскільки вони не порушують громадського («суспільного» – КК 1922 р., КК 1927 р.) порядку і не супроводжуються замахом («і не зазіхають» – КК 1922 р., «і не супроводжуються посяганням» – КК 1927 р.) на права громадян».

Санкція вказаних норм протягом цього періоду також залишалася практично без змін – примусові роботи (виправно-трудові роботи) терміном до 6 місяців (за КК 1922 р. і КК 1927 р.), виправні роботи на строк до 6 місяців або громадська догана (за КК 1960 р.).

До КК 2001 р. ця норма дійшла з деякими змінами, детальний аналіз яких ми запропонуємо в наступних публікаціях.

Підсумовуючи все вищенаведене, зробимо загальний, проте найбільш значущий (в контексті нашого дослідження) висновок: існування у КК України норми про перешкоджання відправленню релігійного обряду є історично обумовленим, таким що відповідає історичній традиції кримінально-правового регулювання. Релігійний обряд, як особлива форма реалізації духовних потреб, завжди охоронявся кримінально-правовими засобами, а норми про його охорону становили невід'ємну частину вітчизняного кримінального законодавства.

ДО ПИТАННЯ ПРО МОДЕЛЬ ІНСТИТУТУ ОБМЕЖЕНОЇ ВІКОВОЇ ОСУДНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Останнім часом у вітчизняній юридичній науці все частіше висловлюються пропозиції щодо введення у вітчизняне кримінальне і, відповідно, кримінально-процесуальне законодавство інститутів зменшеної (обмеженої) вікової осудності, вікової неосудності. Зазначене питання неодноразово піднімалося в радянській юридичній науці.

Європейський Суд заявив: «…важливо, щоб з дитиною, якій пред`явлено обвинувачення, поводилися з урахуванням у повній мірі її віку, рівня зрілості, інтелектуальних і емоційних особливостей». 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. Результати досліджень, проведених науковцями в галузі педагогіки, свідчать, що за рівнем деяких соціально-етичних знань підлітки 12-14 років нерідко перебувають на рівні знань 3-4-річних дітей.

У міжнародній статистичній класифікації хвороб та споріднених проблем охорони здоров’я (десятий перегляд), яка відповідно до Закону України «Про психіатричну допомогу» є обов’язковою для України, у класі «Розлади психіки та поведінки» вказано розумову відсталість. Розумова відсталість як вид психічного розладу, передбаченого у міжнародній статистичній класифікації, розглядається як синонім олігофренії. Отже, розглядуваний нами вид розумової відсталості неповнолітніх, не належить до психічних розладів. У розглядуваному випадку особа, яка формально досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, фактично не володіє достатньою морально-психологічною зрілістю, яка виправдовувала б покладення кримінальної відповідальності на неї за свою поведінку або у будь-якому випадку повної міри такої відповідальності.

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 відповідно до ч.3 ст. 433 КПК України розумової відсталості або відставання неповнолітнього у розумовому розвитку, що не пов’язане з психічним розладом, при вирішенні питання про його кримінальну відповідальність.

Відповідно до ст. 103 КК України, призначаючи покарання неповнолітньому, суд повинен, крім обставин, передбачених у статтях 65-67 КК, враховувати також

© Палюх Л., 2008

умови його життя та виховання, вплив дорослих, *рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього* (виділено мною). Однак в КК України не вказано чітко, як рівень розвитку та інші особливості особи неповнолітнього впливають на призначення йому покарання. Окрім цього, у розглядуваній статті мова йде лише про вплив зазначених обставин на призначення неповнолітньому покарання, а не на вирішення питання про його кримінальну відповідальність.

У п. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 16 квітня 2004 року «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» вказано: «якщо санкцією закону, за яким засуджується неповнолітній, передбачено лише такі види покарань, які з огляду на вік підсудного чи його *стан* (виділено мною) не можуть до нього застосовуватися, суд звільняє його від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру, або відповідно до ст. 7 КПК закриває справу і звільняє його від кримінальної відповідальності, або постановляє обвинувальний вирок і звільняє засудженого від покарання». В даному випадку, однак не вказано, що цим «станом» може бути саме відставання у психічному розвитку неповнолітнього. В узагальненні судової практики у справах про злочини неповнолітніх і втягнення їх у злочинну діяльність, проведеному Верховним Судом України, вказано про те, що дані про стан здоров'я та загального розвитку неповнолітнього можуть впливати на вирішення таких важливих питань, як притягнення його до кримінальної відповідальності, обрання запобіжного заходу, міри покарання та інші. Однак про вплив цих обставин на вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності неповнолітнього безпосередньо в кримінальному законі не зазначено.

Отже, на сьогодні в кримінальному законодавстві України не передбачені чітко наслідки встановлення зазначеного вище відставання неповнолітнього у психічному розвитку при вирішенні питання про його кримінальну відповідальність. Тому видається необхідним чітко закріпити в кримінальному законодавстві України правові наслідки встановлення відставання неповнолітнього у психічному розвитку, не пов`язаного з психічним розладом (з психічним захворюванням). У зв'язку з цим передусім видається необхідним визначити найбільш оптимальну з нашої точки зору модель вікової неосудності, зменшеної (обмеженої) вікової осудності у кримінальному законодавстві.

Пропонуються різні моделі закріплення в кримінальному законодавстві інститутів вікової неосудності або зменшеної вікової осудності, в тому числі – не притягувати неповнолітніх, які мають відставання у психофізичному розвитку, до кримінальної відповідальності на тій підставі, що в їх діяннях немає вини, а, отже, і складу злочину.

Відповідно до другої позиції, якщо затримка у розвитку неповнолітнього є настільки великою, що позбавляє особу здатності усвідомлювати свою поведінку або керувати нею, то в такому разі слід говорити про недоумство або хворобливий стан психіки і розглядати його як неосудність; в інших випадках це повинно бути враховано як обставина, що пом'якшує відповідальність.

Відповідно до ще одного підходу пропонується передбачити в законодавстві так підставу звільнення від кримінальної відповідальності неповнолітніх, як недорозвиненість психіки неповнолітнього, за якої його «фактичний вік» менший за вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Відповідно до цього

підходу у справі не встановлюється юридичний критерій неосудності, обмеженої осудності; в даному випадку необхідно ставити питання про встановлення реального віку неповнолітнього.

Водночас необхідно відзначити, що мінімальна межа віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, взята законодавцем «з запасом», – особа і до досягнення 14 або, відповідно, 16 років, здатна усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними. Також вказується і на те, що вікова психологія оперує достатньо тривалими віковими періодами, а не конкретним віком, тому ніякого певного рівня психічного розвитку, що відповідає 14 рокам, немає, але якби він і існував, то принципово не відрізнявся б від рівня розвитку, що відповідає 13 рокам і 11 місяцям, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності. Є.І. Цимбал, Н.І. Фелінська – фахівці в галузі судової психіатрії з цього приводу зазначають, що експерт достовірно може встановити лише ту сходинку, на якій знаходиться дитина, тобто віковий період, який триває кілька років, але не точний «психологічний вік обвинуваченого».

Відповідно до ще однієї позиції, що висловлювалася в юридичній літературі, обмежена здатність, або нездатність неповнолітнього внаслідок відставання у психічному розвитку усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпеку своїх дій або керувати ними, може бути встановлена лише з урахуванням інкримінованого діяння. У цьому випадку у справі повинно бути встановлено, яким чином індивідуально-психологічні особливості особи вплинули на її здатність усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпеку своїх дій або керувати ними в ситуації конкретного правопорушення. На нашу думку, остання з наведених моделей вікової неосудності є найбільш прийнятною. Слід погодитися з позицією Н.С. Манової в тому, що діагностика відхилень у психічному розвитку неповнолітніх не повинна бути самоціллю, а лише першим етапом експертної оцінки, засобом для вирішення головного завдання – встановлення здатності підлітка, який володіє виявленими віковими особливостями психіки, в ситуації вчинення інкримінованого йому злочину повністю усвідомлювати значення своїх дій і керувати ними, розуміти небезпечність діяння, що нею вчиняється.

Отже, беручи до уваги зазначене вище, видається необхідним приєднатися до останньої з висловлених позицій. Видається необхідним передбачити в КК України норми, відповідно до якої неповнолітній, який на час вчинення суспільно небезпечного діяння не міг усвідомлювати значення своїх дій (бездіяльності) та (або) не міг керувати ними через наявне у нього відставання у психічному розвитку, не пов’язане з психічним розладом, не підлягає кримінальній відповідальності.

Інше питання стосується того, які кримінально-правові наслідки повинно тягнути за собою встановлення зазначеного відставання особи у психічному розвитку, що не пов’язане з психічним розладом?

Переважна більшість науковців, які вивчали розглядувані питання, зазначають, що між станами неосудності і осудності є ряд проміжних станів, особливо характерних для неповнолітніх, де поряд з нормальним розвитком особи можуть мати місце акселерації або ретардації, що визначають прискорений або уповільнений психічний розвиток (так звані пограничні стани).

У зв'язку з викладеним вище видається також доцільним змінити назву статті 103 КК України, що звучить як «Призначення покарання» на «Вирішення питання про кримінальну відповідальність неповнолітніх, а також застосування до них примусових заходів виховного характеру», де помістити норму такого змісту:

«При вирішенні питання про кримінальну відповідальність неповнолітніх, застосування до них примусових заходів виховного характеру суд, крім обставин, передбачених у статтях 65-67 цього Кодексу, враховує умови його життя, виховання, дані про батьків, вплив дорослих, наявність майна або заробітку неповнолітнього, стан здоров'я та загального розвитку та інші особливості особи неповнолітнього»,

Із внесенням відповідних змін до КК України видається, що зазначені обставини враховувалися б не лише при призначенні неповнолітнім покарання. Викладення норми, що міститься у статті 103 КК України, у такій редакції, створило б в законодавстві передумови для об'єктивного вирішення питання про кримінальну відповідальність неповнолітніх. Крім того, це сприяло б більш широкому застосуванню до неповнолітніх примусових заходів виховного характеру замість покарання, про що наголошується в ряді міжнародно-правових актів, оскільки створило б передумови для більш широкого застосування до неповнолітніх звільнення від кримінальної відповідальності.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЛІНГВІСТИЧНОГО ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Панчак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблеми при лінгвістичному тлумаченні закону про кримінальну відповідальність виникають внаслідок або недотримання правил законодавчої техніки законодавцем, або внаслідок порушення правил лінгвістичного тлумачення суб'єктами доктринального тлумачення. Окремі з них можна подолати шляхом використання інших способів тлумачення (логічного, системного, історичного тощо), однак є й такі, які неможливо однозначно вирішити й які можуть призвести і призводять до неоднакового застосування закону про кримінальну відповідальність.

Ми підтримуємо думку, відповідно до якої всі правила лінгвістичного тлумачення поділяються на лексичні та граматичні. Найбільше проблем в процесі тлумачення закону про кримінальну відповідальність виникає саме з лексичною складовою тексту закону. На це вже неодноразово зверталась увага в науковій літературі. Зокрема, понятійному апарату Особливої частини Кримінального кодексу України присвячене окреме ґрунтовне монографічне дослідження З.А. Тростюк. Однак, наявні публікації не вирішують всіх існуючих проблем, а деякі з них навіть не зачіпають. Зокрема:

1. В переважній більшості статей Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України) законодавець для позначення злочинного діяння використовує терміни, які одночасно вказують і на дію (процес), і на результат цієї дії. Серед них: розповсюдження (ч. 2 ст. 109, ч. 1 ст. 110, ч. 1 ст. 258І, ст. 295, ч. 1 ст. 300 та ін. КК України), надання (ч. 1 ст. 111,ч. 9 ст. 158, ч. 1 ст. 213, ч. 1 ст. 222 та ін. КК України), збирання (ч. 1 ст. 114, ст. 182, ч. 1 ст. 330 КК України), втягнення (ч. 1 ст. 258№, ч. 1 ст. 303, ст. 304 КК України), схиляння (ч. 1 ст. 315, ст. 324 КК України), виготовлення (ч. 1 ст. 158, ч. 1 ст. 199, ч.ч. 2, 3 ст. 204, ст. 215, ч. 1 ст. 216, ч. 1 ст. 217, ч. 1 ст. 224, ч.ч. 1, 2 ст. 263, ч. 1 ст. 307, ч. 1 ст. 309 та ін. КК України), організація (ч. 1 ст. 181, ч. 1 ст. 213, ст. 257, ч. 1 ст. 317, ст. 322, ч. 1 ст. 332, ст. 392 КК України), створення (ч. 1 ст. 205, ч. 1 ст. 255, ч. 1 ст. 258і, ч.ч. 1, 2 ст. 260, ч. 1 ст. 302, ч. 1 ст. 370 та ін. КК України) та інші. Виникає питання, з якого моменту слід вважати закінченими відповідні злочини – чи з моменту початку вчинення відповідних дій, чи з моменту настання хоча б мінімального результату (який ми не ототожнюємо із наслідками злочину як ознакою матеріального складу злочину) їх вчинення? Якщо такі посягання є злочинами з матеріальним складом, то закінченими вони, безспірно, будуть з моменту настання зазначених у законі суспільно небезпечних наслідків, а якщо з формальним (як усі вищенаведені) – то це питання в ході доктринального тлумачення закону про кримінальну відповідальність не вирішується однозначно. Одні науковців вказують на результат, як момент закінчення відповідних злочинів, другі – на "момент вчинення зазначеної дії", при тому не конкретизуючи, що це за момент, а інші – на момент вчинення зазначених дій,

© Панчак О., 2008

спрямованих на досягнення відповідного результату, незалежно від його настання. Останні просто дублюють позицію Пленуму Верховного Суду України (далі – ВС України), який в своїх постановах дав тлумачення термінів "незаконне виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин" (п. 3 постанови Пленуму ВС України від 26.04.2002 р. № 4 "Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів"), "втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність", "втягнення у пияцтво", "схиляння неповнолітнього до вживання наркотичних засобів…", "спонукання неповнолітнього до застосування допінгу" (п.п. 5, 10, 12, 13 постанови Пленуму ВС України від 27.02.2004 р. № 2 "Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність"). Проте і Пленум ВС України у своїй позиції не є послідовним. Так, вже у своїх інших постановах (див., напр., постанови Пленуму ВС України від 25.04.2003 р. № 3 "Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності" та від 23.12.2005 р. № 13 "Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями") Пленум ВС України моментом закінчення відповідних діянь ("створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності", "організація озброєної банди") вважає досягнення результату.

На нашу думку, зазначені терміни слід тлумачити як такі, що вказують на результат відповідного діяння, а не на саме діяння, виходячи з таких міркувань. По-перше, загальновизнаним правилом лінгвістичного тлумачення є те, що загальновживаним термінам слід надавати те значення, яке вони мають у відповідній літературній мові. Тут іде мова про лексичне значення і граматичне (морфологічне). Лексичне значення їх всіх є різним, але на нього впливає граматичне значення, яке дає можливість об'єднати всі ці різні терміни в одну групу, оскільки всі ці іменники походять від дієслів доконаного виду. Доконаний вид дієслова, як відомо, виражає такі відтінки дії, як завершеність та результативність. І, по-друге, ще одне загальноприйняте правило тлумачення говорить, що всі сумніви повинні тлумачитись на користь особи, дії якої підлягають правовій оцінці. Відповідно, на користь особи буде визнання моментом закінчення злочину досягнення нею певного результату свого діяння. Кількісні чи якісні параметри такого результату на кваліфікацію впливати в даних випадках не будуть, а лише на індивідуалізацію покарання.

2. Також неоднозначними є терміни, які утворюються з додаванням префікса "не-". Такі терміни отримують ще одне додаткове значення, часто невраховуване ні законодавцем, ні інтерпретаторами: вони вказують не лише на заперечення дії, процесу, якості, а й відповідно на дію, процес чи якість з негативним результатом. Таких у КК України є багато, наприклад, "ненадання" (ч. 2 ст. 31, ст. 136, ст. 139, ст. 284 КК України) (тобто – взагалі не надавав, чи надавав, але безрезультативно?), "неусунення" (ч. 2 ст. 31 КК України), "невиконання" (ст.ст. 137, 140, 197, 351, 367, 382, 402, 403 КК України), "неправильний підрахунок" (ч. 3 ст. 160 КК України), "недотримання" (ст. 235 КК України), "неповідомлення" (ч. 3 ст. 243, ст. 285 КК України), "невжиття" (ч. 1 ст. 244 КК України) та ін. Відповідно різне їх розуміння можна зустріти у науковій літературі, що, зрозуміло, є неприпустимим, оскільки може позначитись на правозастосуванні.

Щоб запобігти такому різнотлумаченню законодавцеві слід уникати цього способу терміноутворення, тобто з додаванням префікса “не-”, тим більше що цим порушується і загальні вимоги до утворення та використання термінів про те, що останні повинні бути точними, недвозначними та благозвучними.

Однак допоки такі вживаються, ми вважаємо, що вони повинні розумітися лише як заперечення дії, процесу чи якості, виходячи з наступного. По-перше, сам законодавець, коли хоче вказати на дію з негативним результатом (тобто, так звану часткову бездіяльність), використовує відповідний термін поряд з терміном, який тоді вказує лише на заперечення дії, як наприклад, термін “неналежне виконання” (напр., ст.ст. 137, 140, 197, 367 КК України) поряд з терміном “невиконання” чи як в ст. 380 “неприйняття рішення, несвоєчасне прийняття або прийняття недостатньо обґрунтованих рішень, а також невжиття, несвоєчасне вжиття … ”. По-друге, більшість злочинів, суспільно небезпечне діяння (у формі бездіяльності) в яких описується за допомогою таких термінів, є злочинами з формальним складом. Практично аксіоматичним на даний час в теорії загальної частини кримінального права України визнається положення, що суб’єктивна сторона у злочинах з формальним складом може виражатися лише у виді прямого умислу. Серед науковців, які займаються проблемами особливої частини кримінального права України, стосовно злочинів з формальним складом, об’єктивна сторона в яких виражається лише в активній поведінці, вищенаведене твердження також сприймається як аксіома, а от щодо психічного ставлення до бездіяльності одностайності немає. Вважаємо, що такий стан є неприйнятним, оскільки особлива частина повинна обов’язково ґрунтуватись і розроблятись тільки з врахуванням положень загальної частини кримінального права, а також із врахуванням того, що не встановлюється кримінальна відповідальність за т.зв. “безнаслідкову необережність”, і на принципі гуманізації, якому зовсім не відповідає притягнення особи до кримінальної відповідальності лише за те, що вона недбало поставилася до виконання покладених на неї обов’язків, при цьому не заподіявши істотної шкоди. В таких випадках доцільніше буде ставити питання про дисциплінарну чи інші види відповідальності. А звідси випливає, що якщо особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння і бажає саме так вчинити, то мова може йти лише про повну бездіяльність, тобто про повне невиконання особою покладеного на неї обов’язку. Можна було б уникнути цих спорів, якби законодавець чітко в диспозиції статті вказав на форму вини, з якою може вчинятися відповідна бездіяльність, як він це зробив у ст.ст. 382, 402 КК України. І, нарешті, по-третє, науковці своїми тлумаченнями та правозастосовувачі не повинні погіршувати становище особи через огріхи і неточності, допущені законодавцем.

3. На нашу думку, не цілком вдало законодавцем утворений термін “безпорадний стан”, що використовується у семи статтях КК України. Прикметник “безпорадний” за Великим тлумачним словником сучасної української мови означає “неспроможний своїми силами впоратися з чим-небудь; який потребує допомоги, підтримки; безпомічний”, тобто вказує на характеристики суб’єкта, особи, а іменник “стан” основним своїм лексичним значенням вказує на “обставини, умови, в яких хто-, що-небудь перебуває, існує; ситуація, зумовлена певними обставинами, умовами”, а вже друге його значення є “сукупність ознак, рис, що характеризують предмет, явище в даний момент

відповідно до певних вимог щодо якості, ступеня готовності і т.ін.". Відповідно термін "безпорадний стан" можна тлумачити і як такий, що характеризує особу, її психічний чи фізичний стан, і як характеристику обстановки, ситуації, в якій опинилась потерпіла особа, що й робиться окремими науковцями. Пленум ВС України вже давно стоїть на позиції, що цей термін характеризує особу. Якщо системно проаналізувати всі випадки вживання його у КК України, то теж можна прийти до такого висновку. Але щоб остаточно зняти даний спір, доцільніше би було законодавцеві використовувати терміни "безпорадність" або "безпорадна особа" у відповідних відмінках.

4. Ми вже зазначали, що загальновизнаними правилами лінгвістичного тлумачення будь-якого закону, в тому числі і закону про кримінальну відповідальність, є ті, що словам і виразам закону слід надавати те значення, яке вони мають в літературній мові, та, що одним і тим же термінам в межах одного і того ж нормативно-правового акта не можна надавати різні значення. Однак ці правила порушуються законодавцем, що, відповідно, породжує проблеми із лінгвістичним доктринальними тлумаченням кримінального закону, при використанні таких термінів: "вербування" (ст.ст. 149, 158-4, 447 КК України), "експлуатація" (ст.ст. 149, 150, 236, 244 та ін. КК України), "необґрунтовано" (ст. 159№ КК України), "порубка" (ст. 246 КК України), "виробництво" (Розділ X Особливої частини КК України) та інші.

Через неоднозначне використання в КК України неоднаково в науковій літературі тлумачаться і такі терміни, як "службові обов'язки", "насильство", "застосування зброї", "тяжкі наслідки", "ті самі дії" тощо.

Отже, підсумовуючи все вищезазначене, ми прийшли до висновку, що немало виникає проблем при лінгвістичному тлумаченні закону про кримінальну відповідальність у суб'єктів доктринального тлумачення через порушення правил тлумачення, але найбільше з них виникає саме через порушення вимог законодавчої техніки самим законодавцем. Відповідно, в ході подальшого вдосконалення закону про кримінальну відповідальність слід добиватися того, щоб зазначені недоліки були усунені.

ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЗЛОЧИН» ТА «СКЛАД ЗЛОЧИНУ»

Прохоренко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В юридичній літературі у питанні про співвідношення злочину і складу злочину єдиного розуміння немає. З цього приводу є досить поширена точка зору науковців про те, що злочин і склад злочину не співпадають, а лише співвідносяться як явище (конкретний злочин) і юридичне поняття про це явище (склад конкретного виду злочину). Ця позиція підтримується як в кримінально-правовій літературі нашої країни, так і наукових джерелах інших країн. Так, в коментарях до КК РФ 1996 року стверджується, що злочин суто соціальне явище, а його склад – наукова, теоретична, законодавча, логічна модель і абстракція, але ні в якому разі не явище реальної дійсності. Автори одного з підручників з кримінального права запевняють: якщо злочин – це конкретне діяння, вчинене в об'єктивній дійсності, то склад злочину – всього лише нормативна категорія, що закріплює типові ознаки діяння, відображаючи його злочинну сутність. Однак деякі науковці, що досліджують співвідношення злочину і складу злочину, мають своє бачення цієї проблеми. Так, Кузнєцова Н.Ф., критикуючи коментаторів КК РФ 1996 року, вказує, що є принаймні декілька аргументів, що спростовують тезу „злочин – реальне явище, а склад злочину – юридична дефініція". Солідаризується з нею і А.А. Тер-Акопов (і є сенс повністю з ним погодитись). Він вказує, що якби це дійсно було так, тобто якби склад злочину існував лише як опис злочину в законі і був відсутній у конкретному вчиненому діянні, то неможливо було би здійснювати кваліфікацію злочину, сутністю якої є встановлення тотожності ознак вчиненого діяння з ознаками складу, передбаченого кримінальним законом. А це приводить до висновку, що обидва поняття – злочин і склад злочину – відображають одне і те ж явище, тобто діяння (дію або бездіяльність), передбачене кримінальним законом. Однак відображають вони його з різних боків, різними характеристиками.

Саме поняття злочину розкриває сутність і зовнішні властивості злочину та зв'язки злочину з іншими явищами. Так, якщо аналізувати таку ознаку злочину як суспільна небезпечність, ці зв'язки обумовлюються здатністю злочину спричиняти істотну шкоду чи загрожувати спричиненням такої шкоди правоохоронюваним інтересам людини, суспільства, держави. Отже, мова йде про сутність, характеристику злочину у порівнянні з іншими соціальними явищами.

Поняття ж складу злочину характеризує злочин не з боку його зовнішніх властивостей і зв'язків, а розкриває злочин зсередини, з його внутрішньої сторони: структуру та зміст злочину, вказуючи з чого складається злочин (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона), які ознаки характеризують кожний його структурний елемент.

Аргументом підтвердження думки про те, що склад злочину і злочин стосуються одного й того ж явища є і законодавче положення про підставу кримінальної відповідальності. Воно є настільки чітким і зрозумілим, що повністю відкидає неоднозначності в цій проблемі. По-перше, в законі вказується

© Прохоренко А., 2008

підстава кримінальної відповідальності як одинична категорія, що включає в себе і реально вчинене суспільно небезпечне діяння, і необхідність встановлення ознак складу злочину, передбаченого кримінальним законом. Тому розподіл понять злочину і складу злочину є умовним, вони співвідносяться між собою як форма (поняття злочину) і зміст (склад злочину). Саме через таке співвідношення випливає їх нерозривна єдність: злочин має свій вираз завжди у складі злочину, а склад злочину відображає сутність і властивості злочину. По-друге, єдність злочину і склад злочину проявляється і в тому, що ознаки складу злочину є ознаками злочину: суб'єкт злочину, діяння, яке вчинене ним, винність і т.д.

Інша річ, що у кримінально-правову норму відбирають тільки ті ознаки складу злочину, які є суттєвими і типовими, що є необхідною умовою криміналізації діянь. Тому нічого дивного немає в тому, що структура злочину характеризується більшою кількістю ознак, ніж склад злочину, передбачений законом.

Таким чином, викладені міркування дають підстави стверджувати, що:

— злочин і склад злочину детермінують одне й те ж реальне явище, характеризуючи його як з зовнішньої сторони (злочин), так і з внутрішньої сторони (склад злочину); вони співвідносяться між собою як форма і зміст;

— склад злочину є інструментом пізнання людської поведінки, бо саме через склад злочину описується не тільки злочинна поведінка винної особи, а й існує можливість сприйняття вчиненого діяння як злочину.

ХАРАКТЕРНІ РИСИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НАУКИ УКРАЇНИ ПСЛЯ ВІДНОВЛЕННЯ ЇЇ ДЕРЖАВНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ (ПИТАННЯ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ)

Хилюк С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відновлення самостійної демократичної правової держави Україна в 1991 році, необхідність розробки власного кримінального закону, заснованого на принципах гуманізму, потреба позбутися від пережитків тоталітаризму в правозастосовній практиці поставили перед наукою кримінального права України багато нових завдань і запитань. Відповіді на них протягом 1991-2007 років намагалися дати більше 1300 авторів. Як наслідок за перші 15 років незалежності в світ вийшло майже 5 тисяч публікацій різного обсягу й глибини наукового аналізу. З 1991 року в Україні було захищено 235 дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата та доктора юридичних наук, у яких досліджувалися проблеми кримінального права, з них 145 присвячене особливій частині кримінального права України. Зорієнтуватися в такому масиві інформації важко навіть досвідченому вченому. Тому виникла нагальна потреба в проведенні комплексних наукознавчих досліджень з метою систематизації, узагальнення, глибокого осмислення зробленого, щоб з'ясувати, у якому напрямку розвивається наука, чи належним чином вона виконує свої функції в суспільстві, що зроблено, а що ще потрібно зробити.

Аналіз наявних публікацій з особливої частини кримінального права України дає можливість виявити такі характерні риси розвитку особливої частини кримінально-правової науки України в період з 1991 до 2007 р.р.:

1. Протягом 1991 – 2003 р.р. кількість публікацій, присвячених питанням особливої частини кримінального права України, постійно зростало, при цьому робіт з загальної частини кримінального права публікувалося значно менше, ніж з особливої; проте, починаючи з 2004 року основний акцент у кримінально-правових дослідженнях змістився убік загальної частини, що відображає закономірний висхідний рух наукового знання від конкретного до загального.
2. Не зважаючи на величезну кількість авторів, які пишуть про проблеми кримінального права, лише незначна частина з них займається кримінально-правовими дослідженнями систематично й протягом тривалого часу. Наукова громадськість України не завжди зв'язує авторитет ученого з кількістю опублікованих наукових праць.
3. У кримінально-правовій науці України після 1991 року поряд із процесами плюралізації методів наукових досліджень, деідеологізації, переорієнтації наукових досліджень на забезпечення максимального захисту особистості, відбулася втрата філософського фундаменту науки, відкинувши марксистсько-ленінське навчання як філософську, загальнотеоретичну основу кримінально-правової науки, учені повинні були замінити його іншою парадигмою. Протягом досліджуваного періоду вчені до питання

© Хилюк С., 2008

загальнотеоретичних, філософських основ науки практично не зверталися. Своє бачення рішення цієї проблеми пропонує лише О.М. Костенко. Констатуючи, що в Україні кримінально-правової доктрини немає, проте існує потреба в її розробці, цей учений вважає, що можна використати кримінально-правову доктрину Чезаре Беккарія, засновану на ідеї природного права. Розробляти сучасну кримінально-правову доктрину цей автор пропонує на основі принципу соціального натуралізму. Такий варіант кримінально-правової доктрини українськими вченими не критикується, але й не підтримується. Тому гострою необхідністю сьогодення є розробка нової парадигми кримінально-правової науки України. (Тут необхідно пояснити, що українські – криміналісти сукупність філософських, загальнотеоретичних і метатеоретичних основ науки називають доктриною, хоча укладачі Великого тлумачного словника сучасної української мови визначають доктрину як вчення, теорію, систему поглядів, натомість під парадигмою розуміють сукупність філософських, загальнотеоретичних і метатеоретичних основ науки. З огляду на це вважаємо, що більш точно для позначення основ науки вживати термін «парадигма»).

4. Відсутність парадигми кримінально-правової науки України тягне за собою такі негативні явища як поверховість і безсистемність наукових досліджень в галузі особливої частини кримінальн ого права України.
5. Основним об'єктом наукових досліджень особливої частини кримінального права України в досліджуваний період є текст кримінального закону, що свідчить про панування в кримінально-правовій науці України юридичного позитивізму. При чому має місце рабське підпорядкування мети й завдань дослідження досліджуваному матеріалу. Саме з тексту КК визначаються основні об'єкти дослідження, напрямку подальшого вивчення, а, нерідко, і їхні результати. В українській юриспруденції кримінально-правова наука підлегла, відіграє другорядну роль щодо діючого кримінального закону.
6. Увага вчених між різними інститутами кримінального права розподілено нерівномірно, при цьому, вибираючи теми досліджень, інтереси й потреби правозастосовної практики й законотворчості не враховуються належним чином, що обумовлено відсутністю координації наукових досліджень в Україні.
7. Найпопулярнішими темами досліджень протягом аналізованого періоду були кримінально-правові норми, які відповідають наступним трьом критеріям: по-перше, передбачають кримінальну відповідальність за нові, раніше невідомі нашому суспільству, прояви суспільно-небезпечної поведінки; по-друге, вперше введені в дію після 1991 року; по-третє, передбачають відповідальність за діяння, на криміналізації яких наполягало міжнародне співтовариство. До таким належать: ухиляння від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів, легалізація (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, терористичний акт, торгівля людьми.
8. Найбільш дискусійними в кримінально-правовій науці України вважаються: система Особливої частини КК України (перелік і розташування розділів, система норм, які повинні бути закріплені в

кожному з них); назви відповідних розділів Особливої частини КК України й родові об'єкти злочинів, передбачених окремими розділами; термінологія кримінального закону.

9. До малодосліджених в сучасній кримінально-правовій науці Україні належать злочини проти основ національної безпеки, злочину в сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації, військові злочини, злочини проти миру, безпеки людства й міжнародного правопорядку, злочину проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, а також складні випадки кваліфікації окремих злочинів, вирішення колізій, які, на жаль, закладені в тексті діючого КК України, розмежування складів злочинів й відмежування їх від інших правопорушень, у першу чергу адміністративних і т.п..
10. За винятком кримінально-правової науки Російської Федерації українська наука розвивається в умовах самоізоляції, тому що теоретичні розробки закордонних колег у дослідженнях не використаються, переклади наукових праць іноземних учених в Україні практично не ведуться.
11. Загальні декларації про мету, принципи, напрямок руху кримінально-правової науки України не знаходять відображення в конкретних окремо взятих дослідженнях, у першу чергу це стосується гуманізації й систематизації кримінального права України.
12. З огляду на особливості кримінально-правової науки незалежної України відправною крапкою в періодизації її розвитку може служити лише прийняття КК України. Тому в досліджуваному періоді можна умовно виділити два етапи: перший з 1991 року до 2001 рік, більше підпорядковується закону руху (діюче кримінальне право не відповідало умовам життя українського суспільства, тому вчені зосередили увагу на роботі над проектом нового кримінального закону); другий – з 2001 року до 2007 рік – більше підпорядкований закону сталості (основні зусилля зосереджені на роботах догматичного характеру, пропозиції змін у діючий КК України, які стосуються незначних коректив тексту кримінального закону, виправлення явних помилок законодавця).
13. У цілому ж у цей момент кримінально-правова наука проходить етап нагромадження матеріалу, що є невід'ємним етапом розвитку будь-якої науки. Тобто здійснюється дослідження й вирішення конкретних завдань, а саме основна увага зосереджена на юридичному аналізі складів злочинів, передбачених Особливою частиною КК України. З огляду на те, що значна їх частина вже стала об'єктом окремих дисертаційних досліджень, є підстави сподіватись, що відповідно до сформульованих Гегелем законів діалектики кількісні зміни будуть перетворюватися в якісні й на наступному етапі розвитку кримінально-правової науки України досліджуватимуться загальні закономірності кримінально-правової охорони суспільних відносин, будуть аналізуватися загальні начала кримінального права України й т.д.

СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ:СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Цюра А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогодні права споживачів не охороняються окремо єдиним комплексом кримінально-правових норм, оскільки відповідного розділу у КК України не існує.

Більшість науковців, досліджуючи злочини у сфері господарської діяльності, проводять такі дослідження, починаючи з виділення певних груп відносин, що охороняються у рамках Розділу VII КК України „Злочини у сфері господарської діяльності". Однією з таких охоронюваних груп прийнято вважати саме відносини, у яких реалізуються права споживачів.

Зокрема, В.О. Навроцький, виділяючи групу посягань на інтереси споживачів у рамках злочинів у сфері господарської діяльності, до якої включає: ст. 227 КК „Випуск або реалізація недоброякісної продукції"; ст. 225 КК „Обман покупців та замовників"; ст. 228 КК „Змова про зміну чи фіксування цін або примушування до їх фіксування".

У підручнику за редакцією М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація, автори у рамках розгляду питання про злочини у сфері господарської діяльності, виділяють групу злочинів у сфері обслуговування споживачів та захисту їх прав, куди включають злочини, передбачені: ст. 217 КК „Незаконне виготовлення, збут або використання державного пробірного клейма"; ст. 225 КК „Обман покупців та замовників"; ст. 226 КК „Фальсифікація засобів вимірювання"; ст. 227 КК „Випуск або реалізація недоброякісної продукції".

О.О. Дудоров, досліджуючи злочини у сфері господарської діяльності, вказує на наявність групи злочинів проти прав і законних інтересів споживачів, до яких відносить ті ж злочини, що наведені вище.

Н.Л. Швець, виділяючи злочини, пов'язані з порушенням прав споживачів у рамках злочинів у сфері господарської діяльності, пропонує включати у цю групу злочини, передбачені: ст. 204 КК „Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів"; ст. 215 КК „Підроблення знаків поштової оплати і проїзних квитків"; ст. 216 КК „Незаконне виготовлення, підроблення, використання або збут незаконно виготовлених, одержаних чи підроблених марок акцизного збору чи контрольних марок"; ст. 225 КК „Обман покупців та замовників"; ст. 226 КК „Фальсифікація засобів вимірювання"; ст. 227 КК „Випуск або реалізація недоброякісної продукції"; ст. 229 КК „Незаконне використання товарного знака".

Не одноманітне визначення науковцями назви групи злочинів, що посягають на права споживачів, та включення у цю групу на їхній угляд різної кількості злочинів, вказує на проблему встановлення злочинів, що посягають на права споживачів у чинному КК України. Тим більше, що наводячи переліки злочинів, що посягають на права споживачів, науковцями не обумовлюється, чому саме ці злочини посягають на права споживачів.

© Цюра А., 2008

Видається, що критеріями, за допомогою яких можна точно визначити приналежність злочину до групи досліджуваних злочинів, є місце складу цього злочину у системі Особливої частини КК України, а також конструкція його об'єктивних та суб'єктивних ознак. Саме за таких критеріїв можна достовірно встановити, чи є відповідний злочин таким, що посягає на права споживачів.

Виходячи з вище запропонованих критеріїв та беручи до уваги зміст прав споживачів, злочинами, які посягають на права споживачів, необхідно визнавати наступні: ч.3 ст. 204 КК „Незаконне виготовлення, зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів"; ст. 217 КК „Незаконне виготовлення, збут або використання державного пробірного клейма"; ст. 225 КК „Обман покупців та замовників"; ст. 226 КК „Фальсифікація засобів вимірювання"; ст. 227 КК „Випуск або реалізація недоброякісної продукції"; ст. 229 КК „Незаконне використання товарного знака"; ст. 327 КК „Заготівля, перероблення або збут радіоактивно забруднених продуктів харчування чи іншої продукції".

Перелічені норми КК України на сьогодні фактично є елементами системи, що передбачають ознаки злочинів проти прав споживачів.

Вважаю що, права споживачів утворюють групу однорідних суспільних відносин, а отже претендують на самостійну кримінально-правову охорону єдиним комплексом кримінально-правових норм. Сьогоднішній стан кримінально-правової охорони цих прав вимагає вдосконалення. Згідно чинного КК України норми, що передбачають ознаки злочинів проти прав споживачів наперекір правилам законодавчої техніки та основам систематизації, розміщені у різних Розділах Особливої частини КК, їх структурно-системні зв'язки штучно розірвані, ці норми розміщені хаотично та поряд з нормами, що нічого спільного не мають. Права споживачів охороняються у переважній більшості випадків не на рівні основного безпосереднього об'єкта, а як правило, поряд з основним безпосереднім об'єктом, яким виступають інші відносини у сфері господарської діяльності, тобто додатково або факультативно. Ці невтішні факти свідчать про недооцінку державою важливості охорони споживчих відносин законом про кримінальну відповідальність. Норми, які містять ознаки злочинів проти прав споживачів, повинні утворювати цілісну систему, оскільки ці норми характеризуються єдністю об'єкта охорони. Злочини проти прав споживачів, володіють спільним родовим об'єктом, що дає усі підстави говорити про виділення нового Розділу Особливої частини КК України „Злочини проти прав споживачів". Виділення такого Розділу підкреслило б важливість прав споживачів, що закріплені у Конституції України, Законах України та значній групі інших нормативно-правових актів, дозволило б охороняти ці права цілісно і за умови високих темпів розвитку сучасної економіки динамічно реагувати на нові форми, прояви суспільно-небезпечних посягань проти прав споживачів в Україні.

Вирішення питання про охорону прав споживачів окремим Розділом Особливої частини КК з точки зору систематизації цих злочинів обумовлює необхідність вирішення питань про:

1. місце Розділу „Злочини проти прав споживачів" у системі Особливої частини КК України;
2. структуру Розділу „Злочини проти прав споживачів", послідовність, ієрархічність розміщення норм у Розділі.

Місце Розділу „Злочини проти прав споживачів" у системі Особливої частини КК України можна визначити, враховуючи важливість та значимість об'єкта кримінально-правової охорони, а також зв'язок прав споживачів з іншими об'єктами кримінально-правової охорони. Тому для точного визначення місця Розділу „Злочини проти прав споживачів" у системі Особливої частини КК України необхідно враховувати те, що права споживачів дозволяють фізичній особі забезпечити свої особисті потреби на споживчому ринку шляхом придбання необхідної продукції належної якості, безпечної для споживача. Права споживачів таким чином надають спеціальний правовий статус фізичній особі у випадку її участі у споживчих відносинах з метою охорони її життя та здоров'я, майнових прав, безпечного навколишнього природного середовища. Охороняючи права споживачів, держава опосередковано охороняє перелічені вище права фізичної особи, що само по собі не може не відбитись на цінності прав споживачів. З іншої сторони необхідно відзначити, що споживчі відносини виникають на завершальному етапі суспільного виробництва. Споживчі відносини є похідними від виробничих відносин, що існують у суспільстві. Виробничі відносини є первинними по відношенню до споживчих, а споживчі відносини у свою чергу є похідними від виробничих відносин.

Тому, виходячи із наведених міркувань, вважаю, що інститут кримінально-правової охорони прав споживачів повинен бути розміщений одразу після Розділу VII КК „Злочини у сфері господарської діяльності". Вирішення поставленого питання запропонованим чином логічно б відобразило у КК України послідовність кримінально-правової охорони відносин, що пов'язані із процесом суспільного виробництва, відобразило б зміщення акцентів у кримінально-правовій охороні споживчих відносин у сторону охорони приватного блага – прав споживачів та у кінцевому рахунку дало б змогу відзначити значущість, цінність для суспільства прав споживачів.

Розміщення норм про кримінальну відповідальність за злочини проти прав споживачів у рамках Розділу КК „Злочини проти прав споживачів" необхідно здійснювати у відповідності до ієрархічності самих прав споживачів. Оскільки найбільш важливим є право на безпеку продукції, то у першу чергу необхідно було б передбачити норми, які вміщують ознаки злочинів, що посягають саме на це право споживачів. Враховуючи необхідність диференціації кримінальної відповідальності за злочини проти права споживачів на безпеку продукції, логічно було б у першу чергу передбачити загальну норму, а потім і спеціальні норми, виділення яких можливе за ознаками предмета злочину, за категорією потерпілих споживачів їх віковими чи іншими соціальними характеристиками, за способом вчинення злочину, злочинними наслідками, суб'єктом злочину тощо.

Після зазначених норм необхідно було б передбачити норми, що містять ознаки злочинів проти права споживачів на якісну продукцію, а потім і ознаки злочинів, що посягають на право споживача на інформацію про продукцію.

Саме таке розміщення норм, що передбачають ознаки злочинів проти прав споживачів, забезпечило б ієрархічність, узгодженість, послідовність, цілісність та повноту у кримінально-правовій охороні прав споживачів. Норми, що містять ознаки злочинів проти прав споживачів таким чином утворювали б певну систему, обумовлену структурою такого соціального блага як права споживачів.

СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА ПАЦІЄНТА

Ясеницький В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ознаки, що характеризують суб'єкта злочинів, що посягають на права пацієнта, не завжди чітко і досконало формулюються у чинному КК України. Так, якщо у ряді статей, що аналізуються, законодавець принаймні називає ознаки спеціального суб'єкта, зокрема, використовуючи терміни: медичний працівник (статті 131, 132, 139, 140 КК України), фармацевтичний працівник (статті 131 та 140 КК України), службова особа лікувального закладу (ст. 132 КК України), особа, яка не має спеціальної медичної освіти (ч. 1 ст. 134 КК України), особа, яка не має належної медичної освіти (ст. 138 КК України), особа, яка виконує професійні чи службові обов'язки (ст. 145 КК України), інший працівник, який виконує професійні обов'язки (ст. 131 КК України), допоміжний працівник, який самочинно здобув інформацію (ст. 132 КК України), то у диспозиціях інших статей (ст. 141, 142, 143, 144, ч. 1 ст. 184 КК України) взагалі немає вказівок на ознаки спеціального суб'єкта. Проте, якщо встановлення ознак суб'єкта злочинів, передбачених ст. 142, 144 та ч. 1 ст. 184 КК України не повинне викликати особливих труднощів, враховуючи формулювання решти ознак складу злочину, то з огляду на об'єктивну сторону злочинів, передбачених ст. 141 та 143 КК України, потрібно сказати наступне.

Аналіз ознак складу злочину, передбаченого ст. 141 КК України, дозволяє зробити висновок, що суб'єкт порушення прав пацієнта спеціальний. Так, в КК України, зміст діяння, як ознаки об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 141 КК України, полягає у проведенні клінічних випробувань лікарських засобів без згоди пацієнта або його законного представника чи належної згоди щодо неповнолітнього або недієздатного пацієнта. Чинне законодавство України, зокрема Закон України "Про лікарські засоби" від 4 квітня 1996 р. та "Порядок проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань", затверджений наказом МОЗ України від 13 лютого 2006 р. № 66 детально регламентують порядок та суб'єктів проведення клінічних випробувань лікарських засобів. Так клінічні випробування може здійснювати лише дослідник-лікар, який має адекватну наукову підготовку та досвід лікування пацієнтів, крім того ці випробування можуть проводитись лише у спеціалізованих лікувально-профілактичних закладах, які визначаються Міністерством охорони здоров'я України або уповноваженим ним органом.

Якщо ж аналогічні дії (пов'язані із клінічним випробуванням лікарських засобів) вчиняє особа, яка не відповідає ознакам медичного працівника і не є лікарем-спеціалістом у відповідній галузі, зазначені дії слід кваліфікувати за статтями, що містять загальні норми про злочини проти життя чи здоров'я особи, залежно від фактично спричиненої шкоди. Аргументів на користь такої позиції є декілька. По-перше, змінюється об'єктивна сторона злочину адже в цьому випадку суспільно небезпечне діяння по суті становитиме вже не клінічне випробування, а інше протиправне діяння. По-друге, фахівець, який проводить дослідження, у разі виникнення форс-мажорних обставин, завжди зберігає

© Ясеницький В., 2008

можливість усунути повністю чи частково небезпеку для піддослідного, а особа, яка не має спеціальних знань, завідомо ставить піддослідного у стан небезпеки, оскільки не зможе адекватно вжити заходів для збереження життя чи здоров‘я останнього. Відповідно, таке діяння становить підвищену суспільну небезпеку, а отже не може бути кваліфіковане за статтею 141 КК, яка, по суті, містить норму про привілейований склад злочину.

Суб‘єкт злочинів, передбачених ч. 1 та 2 ст. 143 КК України спеціальний. Так, у Законі України “Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині” від 16 липня 1999 р., під трансплантацією розуміється спеціальний метод лікування, що полягає у пересадці реципієнту органа або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи у тварини. Крім того, в цьому ж законі зазначається, що діяльність, пов‘язану із трансплантацією можуть здійснювати лише акредитовані державні і комунальні заклади охорони здоров‘я і державні наукові установи.

Беручи до уваги поняття трансплантації як методу лікування та враховуючи суб‘єктів, наділених правом здійснювати таку діяльність, можна зробити висновок, що суб‘єктом злочинів, передбачених ч. 1, 2 ст. 143 КК України, є особа наділена спеціальними знаннями, потрібними для проведення діяльності, пов‘язаної з трансплантацією. Такими суб‘єктами можуть бути лише медичні працівники, які є спеціалістами у галузі трансплантології. Тому, дії з вилучення органів або тканин людини, вчинені особами, які не є медичними працівниками слід кваліфікувати за відповідними статтями про злочини проти життя і здоров‘я особи, залежно від реально заподіяної шкоди.

З огляду на вищесказане, можна зробити висновок, що більшість із злочинів, що посягають на права пацієнта вчиняються медичними працівниками. В окремих випадках (злочини, передбачені ч. 1 ст. 134, ст. 141, ч. 1, 2 ст. 143 КК України) суб‘єктом злочину виступатиме не медичний працівник-фахівець взагалі, а медичний працівник-фахівець у відповідній сфері медицини. Тому, принциповим питанням цього дослідження є встановлення поняття та ознак, що характеризують медичного працівника.

Відповідно до ст. 74 Закону України “Основи законодавства України про охорону здоров‘я” від 19 листопада 1992 р., медичною і фармацевтичною діяльністю можуть займатися особи, які мають відповідну спеціальну освіту і відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам.

Так, спеціальну освіту особа може здобувати лише у чітко визначених вищих закладах освіти, а якщо ця освіта здобута в іноземному навчальному закладі, то порядок допуску таких осіб до зайняття медичною чи фармацевтичною діяльністю в Україні визначається Наказом МОЗ України від 19.08.94 “Про затвердження Порядку допуску до медичної і фармацевтичної діяльності в Україні громадян, які пройшли медичну чи фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн”.

Відповідність кваліфікаційним вимогам визначається з урахуванням вимог, встановлених у “Ліцензійних умовах провадження господарської діяльності з медичної практики”, затверджених спільним наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва і Міністерства охорони здоров’я України від 16.02.01 N 38/63. До цих вимог належить, зокрема, наявність документа державного зразка про медичну освіту та присвоєння кваліфікаційної категорії за результатами атестації.

Таким чином, медичним або фармацевтичним працівником є особа, яка здобула медичну чи фармацевтичну освіту, підтверджену дипломом державного зразка (а також особа яка пройшла медичну або фармацевтичну підготовку в навчальних закладах іноземних країн, проте здобула право допуску до зайняття медичною чи фармацевтичною діяльністю в Україні) і відповідає встановленим законодавством України єдиним кваліфікаційним вимогам.

У цьому контексті, незважаючи на очевидні критерії віднесення особи до категорії "медичний працівник", існують окремі юридичні недоліки вживання цього терміну у КК України. Недоліки ці можна пояснити використанням для позначення суб'єкта злочину поняття "працівник". Адже працівником є особа, що перебуває в трудових відносинах із роботодавцем, а в конкретному випадку у правовідносинах із відповідною лікувальною установою. З огляду на це, особи, що займаються приватною медичною практикою і не перебувають у трудових відносинах із лікувальною установою поняттям медичний працівник охоплюватися не можуть. Проблема ускладнюється ще й тим, що діяльність осіб, які займаються приватною медичною практикою та медичних працівників за своєю суттю є однаковою, а отже неналежне виконання ними своїх професійних обов'язків чи ненадання допомоги є однаково суспільно небезпечним. Тому, для того щоб забезпечити однакову кримінально-правову регламентацію дій осіб, що здійснюють медичну діяльність, варто замінити термін медичний працівник у тих статтях КК України, в яких він вживається, на "особа, яка має право здійснювати медичну діяльність". Таке словосполучення дозволить охопити усіх лікарів, а також осіб молодшого медичного персоналу, які самостійно не можуть займатися медичною практикою, але можуть асистувати лікарям чи виконувати інші допоміжні медичні функції.

Варто також звернути увагу на те, що аналогічні зміни потрібно внести і у ті нормативно-правові акти, що регулюють медичну діяльність, адже окремі з них визначають права та обов'язки "медичних працівників", а отже використовуються для з'ясування законності тих чи інших діянь, вчинених лікарем чи іншим медичним працівником.

З огляду на вищесказане можна зробити наступні висновки:

1. Більшість злочинних посягань на права пацієнта вчиняються спеціальними суб'єктами злочину, наділеними ознаками "медичних працівників";
2. Вживання терміну "медичний працівник" в чинному кримінальному законодавстві та в інших нормативних актах, що регулюють медичну діяльність є недостатнім для регламентації правового статусу усіх осіб, що наділені правом здійснювати медичну діяльність. Тому, таке словосполучення необхідно замінити поняттям "особа, яка має право здійснювати медичну діяльність"

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ВИЗНАННЯ ПРАВА НА ЗАДОВОЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ ЗА ПРОЕКТОМ КПК УКРАЇНИ ТА БАЛАНС ПУБЛІЧНИХ І ПРИВАТНИХ ІНТЕРЕСІВ

Анікіна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Предметом наукового аналізу у межах даного виступу є передбачена у п.2 ст.410 проекту КПК України нова можливість суду – визнання за позивачем права на задоволення позову із остаточним визначенням його розміру та фактичним вирішенням його по суті у порядку цивільного судочинства. За задумом творців проекту КПК України це повноваження суду повинно застосовуватися у виняткових випадках, при неможливості провести докладний розрахунок за позовом без відкладення розгляду справи. Питання про розмір позовних вимог, які підлягають задоволенню, у цьому випадку за позовом особи, якій злочином заподіяно шкоду, вирішується в порядку цивільного судочинства.

Ця норма проекту КПК заслуговує на критичний аналіз з огляду на її можливий негативний вплив на захист прав потерпілого.

Кримінально-процесуальне право України такої норми не передбачає. Її фактичне застосування в судовій практиці, вочевидь, мало місце, але визнавалося порушенням чинного права вищестоящими судами. Зокрема, Пленум Верховного Суду України у постанові "Про практику застосування судами України законодавства про відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочином, і стягнення безпідставно нажитого майна" від 31 березня 1989 р. № 3 категорично вказав, що суди першої інстанції не вправі передавати вирішення питання про розмір цивільного позову на вирішення в порядку цивільного судочинства, оскільки кримінально-процесуальним законодавством України це не передбачено. Цивільний позов не може бути залишений без розгляду і з мотивів відсутності необхідних для його вирішення доказів, оскільки в силу п.4 ст.64 КПК України характер і розмір заподіяної злочином шкоди підлягають доказуванню у кримінальній справі. Якщо у стадії попереднього розгляду справи суддею або в судовому розгляді виявиться, що визначити розмір шкоди неможливо, а він впливає на кваліфікацію злочину, на призначення винному міри покарання і на вирішення інших питань, зазначених у ст.324 КПК України, справа підлягає поверненню на додаткове розслідування (п.3). Цим слідча та судова практика спрямовувалася на всебічне та повне встановлення наслідків злочину, що є передумовою для відшкодування завданої злочином шкоди.

Проте проблема із захистом прав потерпілого у справах, де складно обчислити розмір шкоди, існує і зараз. Так, Т.І.Присяжнюк, узагальнивши практику вирішення судами питання про відшкодування шкоди при розгляді кримінальних справ, констатувала, що у випадку, коли позивачем не наведено чи

© Анікіна Н., 2008

наведено недостатньо доказів у обґрунтування цивільного позову, а також, якщо необхідно заново чи додатково обчислити суму цивільного позову, то останній, як правило, на порушення чинного КПК залишається судом без розгляду з посиланням на можливість вирішення його в порядку цивільного процесу. На наш погляд, порушення норм кримінально-процесуального законодавства, що вже саме по собі є неприйнятним, тягне значні негативні наслідки в площині захисту прав потерпілих від злочину осіб, оскільки виникає необхідність повторного звернення з позовом та залучення їх вже в процес цивільний. Для потерпілого від злочину це обертається подвійними зусиллями та витратами часу та коштів для здійснення права на судовий захист , що нівелює переваги інституту цивільного позову в кримінальній справі.

Перспектива прийняття нового КПК України та поява в ньому права суду визнати за позивачем право на задоволення позову з можливістю вимагати подальшого вирішення в порядку цивільного судочинства змушує зважити "ризики" такого нововведення. Чи не перетвориться таке виняткове право на загальну тенденцію, що, до речі, сталося в Російській Федерації та Республіці Білорусь. Зокрема, В.Я.Понарін, Р.Д.Рівман, Р.Питальов вказали, що в сучасній судовій практиці цих держав назване право суду з винятку стало основним правилом. Для послідовності аналізу слід вказати, що судова практика виробила певні межі для прийняття цього рішення: таким правом російські та білоруські суди можуть скористатися лише в тих випадках, якщо величина заподіяної злочином шкоди не впливає на кваліфікацію злочинного діяння, призначення покарання, вирішення інших питань, що підлягають розв'язанню у вироку. Якщо ж розмір шкоди має кримінально-правове значення, то він має бути остаточно обчислений у межах кримінального процесу і врахований при вирішенні цивільного позову по суті вимог. При неможливості зробити це безпосередньо у судовому розгляді справу належить повертати на додаткове розслідування. Саме так орієнтують національні судові системи Верховні Суди Російської Федерації та Республіки Білорусь.

Проте, зауважимо, що розмір заподіяної шкоди далеко не завжди врахований законодавцем при побудові кримінально-матеріальних норм. Відповідно, суддя, який не хоче "занурюватись" у складну, як правило, проблему визначення розміру відшкодування шкоди, зможе послатись на законну підставу у вигляді неможливості її розрахунку без відкладення розгляду справи і уникнути виконання обов'язку щодо всебічного, повного дослідження обставин справи та захисту особистих прав потерпілого. Як бачимо на досвіді інших держав, право суду у виняткових випадках визнати за позивачем право на задоволення позову та передати його для подальшого вирішення в порядку цивільного судочинства у більшості своїй використовується всупереч своєму точному змісту та з порушенням завдань кримінального судочинства.

Тоді постає питання – чому законодавець хоче цю норму ввести в склад нової редакції кримінально-процесуального кодексу? Чи не звичайне це наслідування законодавства сусідніх держав? Наше дослідження дозволяє стверджувати, що це не так. Адже аналізована норма не є цілковито новою, а її поява в вітчизняному правовому полі (наразі в статусі законопроектного положення) не є випадковою. Зробимо невеликий екскурс в історію кримінального процесу. Зокрема, ст.785 Статуту кримінального судочинства

1864 року зобов'язувала суд, що розглядає кримінальну справу, вирішити цивільний позов, не обмежуючись визнанням його в принципі. При цьому законодавець надавав право відкласти вирішення питання про розмір позову до остаточного обрахунку його розміру.

Слід вказати, що це положення було сприйнято із кримінально-процесуального права Франції, що містить розгорнуту концепцію з'єднаного процесу. Дослідник з'єднаного процесу Д.Тальберг цю норму коментував наступним чином. Із того, що публічне обвинувачення чи кримінальна справа в з'єднаному процесі має переважне, головне значення, випливають наступні наслідки: кримінальна справа не може змінюватися у своїх формах унаслідок приєднання цивільного позову, який необхідно повинен узгоджуватися із інтересами кримінального правосуддя і у всіх можливих колізіях відіграє підлеглу роль у з'єднаному процесі; провадження кримінальної справи не може зазнавати жодної зупинки, жодного уповільнення через цивільну претензію потерпілого від злочину. Вирішення будь-якої цивільної справи може бути відкладене на невизначений час, але там, де вирішується доля людини, де суспільство чекає на рішення суду — немає місця уповільненню ходу провадження через з'ясування до певної міри сторонніх для цілей кримінального правосуддя обставин. З огляду на це, з'єднаний процес може бути допущений тільки за умови відсутності через те якогось уповільнення чи ускладнення у провадженні власне кримінальної справи. Відповідно тому передбачено право суду передати питання про розмір цивільного позову для вирішення в порядку цивільного судочинства, якщо його не можна вирішити без відкладення судового розгляду.

У сучасній правовій літературі такі авторитетні науковці, як Даєв В.Г., Нор В.Т., Понарін В.Я., Савицький В.М., Строгович М.С. фактично відтворюють погляд на цивільний позов як на такий елемент, що породжується порушенням кримінальної справи і підпорядковується функції обвинувачення. Узагальнивши висловлювання вказаних науковців, можемо зробити висновок, що позовна форма захисту права, що реалізується в кримінальному судочинстві, має свої особливості, які зумовлені зв'язком позовних вимог з вчиненим злочином. А це, своєю чергою, тягне підпорядкування цієї форми захисту прав загальним цілям кримінального процесу та більш широким застосуванням у ній засади публічності.

Тому, як бачимо, проект КПК України, лише повертається до чистої форми концепції з'єднаного процесу. Проте таке прагнення повинно втілюватися виважено, аби не створити кризи у сфері захисту прав потерпілих від злочину, про що красномовно говорять приклади з судової практики сусідніх держав. Тому знову-таки є потреба звернутися до Статуту кримінального судочинства 1864 р., у ст. 785 якого передбачався обов'язковий наслідок прийняття рішення про визнання за позивачем права на задоволення позову та передачу його для подальшого вирішення в порядку цивільного судочинства. Зокрема, суд зобов'язувався у такому разі у присутності сторін покласти відповідне провадження на одного зі своїх членів**.**

На наш погляд, таке положення обов'язково має бути враховане у новому кримінально-процесуальному кодексі паралельно із наданням судові права визнати за цивільним позивачем право на задоволення позову з подальшим вирішенням його в порядку цивільного судочинства. Причин для такого висновку вбачаємо одразу декілька.

По-перше, саме такий підхід дозволяє, на наш погляд, запобігти недобросовісним спробам судді ухилитися від вирішення цивільного позову по суті, з тим аби інший суддя в порядку цивільного процесу визначав розмір належного відшкодування. Безумовно, це змушує суддю більш ретельно контролювати діяльність слідчого та прокурора у частині позовного провадження на досудових стадіях. Адже, як визнано дослідниками, складності з обчисленням повного розміру завданої шкоди та цивільного позову обумовлені переважно недоліками в роботі органів розслідування, прокуратури та суду в стадії попереднього розгляду справи, якщо суддею залишено без уваги цю прогалину.

Відповідно, суд у разі таких прогалин в матеріалах кримінальної справи не має підстав для визнання права на задоволення цивільного позову та передачі його в цивільний процес. Таке рішення не відповідає точному змісту аналізованого повноваження судді. У цій ситуації суддя повинен розглянути питання про повернення кримінальної справи на додаткове розслідування, якщо він не вбачатиме можливості усунути таку неповноту під час судового розгляду. Тоді суддя буде зорієнтований на всебічне та повне дослідження обставин, що складають підставу цивільного позову та впливають на розмір відшкодування заподіяної шкоди, у судовому слідстві. Для цього він повинен спрямовувати діяльність сторін на обґрунтування своєї позиції щодо заявленого позову. Як правило, така процесуальна діяльність сторін і суду усуває брак доказів щодо підстав та розміру позову і дозволяє його вирішити у межах кримінального судочинства.

На наш погляд, скористатися правом визнати, що позов підлягає задоволенню, але не вирішувати питання про розмір відшкодування, суддя матиме можливість, якщо не погодиться із наведеними обома сторонами аргументами щодо розміру позову, не визнає представлені докази достатніми, достовірними або якщо сторони не наведуть доказів на підтвердження власної позиції чи запропонують судові різні розрахунки завданої шкоди, використовуючи за основу різні нормативно-правові акти чи посилаючись на результати різних “конкуруючих” товарознавчих, автотехнічних, будівельно-технічних, судово-медичних та інших належних експертиз, бухгалтерських перевірок, незалежного аудиту. Саме в такому разі суддя мав би для правильного вирішення питання щодо розміру шкоди та цивільного позову звернутися за консультацією до спеціалістів у галузі бухгалтерського обліку, оподаткування, призначити відповідну експертизу, зобов’язати провести повторну ревізію. Для проведення таких досліджень, ознайомлення судді із ними та їх перевірки потрібен значний час, що буде затримувати суддю у вирішенні обвинувачення. Тому тут можливість суду на визнання за позивачем права на задоволення позову із остаточним визначенням його розміру у порядку цивільного судочинства із одночасним прийняттям цього позову до свого провадження є доречною. Адже при цьому не затримується вирішення питання про вину підсудного. При цьому слід ще раз підкреслити, що суд в принципі не зможе передавати питання щодо розміру завданої шкоди на вирішення в порядку цивільного судочинства, якщо воно впливає на кваліфікацію діяння, обрання міри покарання, застосування пом’якшуючої обставини.

Для забезпечення права потерпілого на відшкодування шкоди слід передбачити, що суд негайно порушує цивільну справу після вступу вироку у законну силу на підставі наявного у кримінальній справі позову потерпілого,

його представника чи прокурора, та матеріалів кримінальної справи, що його обґрунтовують. Це спрощує доступ особи до цивільного судочинства, не примушує її заново оформлювати позовну заяву. Це достатньо суттєво, враховуючи суворість наслідків у разі порушення визначеної форми та змісту позову (ст.119 ЦПК України). А відповідні процесуальні та інші документи, які є у справі, усувають можливу неповноту заявленого потерпілим позову, чим і забезпечується зрозумілість та конкретність позовних вимог. Можливо, видається, що на суд при такому вирішенні покладаються додаткові обов'язки, загалом не властиві цивільному судочинству. Але слід пам'ятати, що за обстоюваною нами позицією це повинен бути той суддя, який не спромігся у межах кримінального процесу встановити розмір завданої шкоди і розв'язати позов. Тому й цивільний процес не повинен ним сприйматися як спосіб перекласти весь тягар щодо доказування шкоди на потерпілу особу.

Вважаємо, що прокурор, який підтримував державне обвинувачення, також повинен взяти участь у цивільному процесі, що проводиться для остаточного визначення розміру відшкодування шкоди потерпілому від злочину. Адже у кожному судовому розгляді кримінальної справи він повинен довести перед судом предмет доказування, невід'ємною частиною якого є характер та розмір шкоди, завданої злочином, навіть якщо це не має прямого впливу на обвинувачення. Тому у разі невиконання цього обов'язку у судовому розгляді кримінальної справи він має продовжити його виконання у межах відповідного цивільного процесу, сприяючи позивачеві у захисті права на відшкодування шкоди винною особою.

По-друге, правильність запровадження обов'язку для того ж суді, який прийняв рішення про визнання права на задоволення позову і про передачу його у цивільний процес, прийняти такий позов до свого провадження, випливає також із того, що цей суддя безпосередньо ознайомлений із обставинами справи, доказами. Відтак йому не потрібно заново вивчати матеріали справи, перевіряти їх для формування внутрішнього переконання щодо суті справи. Отже, і виконання дій по формуванню матеріалів цивільної справи, що ним має бути порушена на підставі цивільного позову, наявного у кримінальному процесі, для нього не повинно бути складністю.

Це також виключає проблеми з встановленням учасників цивільного судочинства. Тобто реально досягається процесуальна економія часу та ресурсів судової системи, знімається гостре питання про строки розгляду цивільних справ.

Отже, дослідивши природу та межі такого рішення за цивільним позовом як визнання за позивачем права на задоволення позову із остаточним визначенням його розміру у порядку цивільного судочинства, проблему захисту потерпілих від злочину та відшкодування завданої їм шкоди, можемо зробити наступні висновки.

Цивільний позов як такий елемент, що породжується порушенням кримінальної справи, підпорядковується функції обвинувачення; позовна форма захисту права, що реалізується в кримінальному судочинстві, має свої особливості, зумовлені зв'язком позовних вимог з вчиненим злочином. Це тягне підпорядкування цієї форми захисту прав загальним цілям кримінального процесу та більш широким застосуванням у ній засади публічності.

Тому передбачена у проекті КПК України можливість судді у виняткових випадках, при неможливості провести докладний розрахунок за цивільним позовом без відкладення розгляду справи, визнати за цивільним позивачем право на задоволення позову із вирішенням питання про розмір відшкодування в цивільному судочинстві, при правильному застосуванні, адекватному меті цієї норми, узгоджує публічні інтереси щодо швидкого та повного розкриття злочинів, викриття винних осіб із приватними інтересами потерпілих осіб щодо відшкодування завданої шкоди.

Однак слід пам’ятати, що розмір завданої шкоди може мати значення для кваліфікації діяння, призначення покарання, інших кримінально-правових питань. Не менш важливо і те, що в сучасних умовах відшкодування шкоди, завданої злочином, що сприймається як одне із завдань та є однією із функцій кримінального процесу, вказана норма має бути доповнена і повинна мати наступну редакцію:

“У виняткових випадках, при неможливості провести докладний розрахунок за цивільним позовом без відкладення розгляду справи, і якщо визначення розміру шкоди, завданої злочином, не впливає на правильність кваліфікації, міру покарання, вирішення інших кримінально-правових питань, суд може визнати за цивільним позивачем право на задоволення позову. Питання про розмір позовних вимог, які підлягають задоволенню, у цьому випадку за наявним позовом особи, якій злочином заподіяно шкоду, або прокурора, вирішується в порядку цивільного судочинства тим судом чи суддею, який визнав, що цей позов підлягає задоволенню”.

Прокурор, який підтримував державне обвинувачення, також повинен взяти участь у цивільному процесі, що проводиться для остаточного визначення розміру відшкодування шкоди потерпілому від злочину. Адже у разі невиконання у судовому розгляді кримінальної справи обов’язку довести предмет доказування, невід’ємною часткою якого є характер та розмір шкоди, завданої злочином, прокурор має продовжити його виконання у межах відповідного цивільного процесу, представляючи позивача чи сприяючи йому у захисті права на відшкодування шкоди винною особою, а суду — у прийнятті законного та обґрунтованого рішення.

Вважаємо, що з такими доповненнями новела проекту КПК буде враховувати як публічні інтереси щодо швидкого та повного розкриття злочинів, викриття винних, так і приватні інтереси потерпілих осіб щодо відшкодування завданої злочином шкоди.

СИСТЕМА НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ ТАЇЇ ВИДИ

Багрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливістю використання непрямих доказів є те, що цей процес протікає в дещо складнішій формі, ніж при оперуванні прямими доказами, що обумовлюється, по-перше, характером зв'язку кожного встановленого проміжного факту з предметом доказування, по-друге, множинністю непрямих доказів та у зв'язку з цим – встановленням істинного значення кожного з них, яке здійснюється шляхом співставлення кожного непрямого доказу з іншими такими ж доказами, зібраними у кримінальній справі. Все це обумовлює введення при використанні непрямих доказів поняття "система непрямих доказів".

Система непрямих доказів має свою структуру та властивості. Так, елементами системи непрямих доказів, на думку деяких вчених (А.А. Хмиров) виступають:

а) окремі системи (підсистеми) доказів (включаючи їх джерела та процесуальну форму), які встановлюють окремі проміжні факти;

б) системи проміжних фактів, з існування яких робиться висновок про наявність чи відсутність окремих елементів предмету доказування;

в) система елементів предмета доказування, що виступає інтегративним рівнем загальної системи доказів у кримінальній справі. Звичайно, дана точка зору заслуговує на увагу. Проте викликає зауваження те, що вчений елементами "системи" називає "систему", що є некоректним. Не викликає сумнівів положення про те, що структура системи визначається способом поєднання елементів, які входять в цю систему, тобто тими зв'язками, які існують між непрямими доказами. Первинним елементом системи непрямих доказів є власне сам непрямий доказ. При цьому непрямі докази мають двояке значення: з одного боку вони встановлюють зв'язок між собою, а також з проміжним фактом, а з іншого – з предметом доказування. Другим елементом системи непрямих доказів виступає проміжний факт, за допомогою якого відбувається поєднання непрямих доказів з предметом доказування. Третім, заключним елементом системи непрямих доказів, виступає предмет доказування, тобто ті обставини, які встановлюються за допомогою непрямих доказів. Таким чином, схематично систему непрямих доказів можна відобразити наступним чином: непрямий доказ – проміжний факт – предмет доказування. В літературі наводяться наступні властивості системи непрямих доказів: а) повнота; б) достовірність; в) надійність; г) узгодженість; д) однозначність. Крім наведених властивостей можна виділити ще й завершеність, гармонійність та єдність. За допомогою наведених властивостей забезпечується ефективність використання системи непрямих доказів при доказуванні у кримінальній справі.

Непрямі докази, об'єднані системою не є однорідними, вони одержуються з різноманітних процесуальних джерел, а тому сама система непрямих доказів загалом складається з певної кількості підсистем, кожна з яких утворюється певними, властивими лише їй непрямими доказами. Можна виділити наступні види системи непрямих доказів.

Послідовні системи. Якщо ізолювати таку систему від інших систем, то можна помітити, що у ній із одного проміжного факту логічно випливає другий,

© Багрій М., 2008

із другого – третій і т.д., тобто вони частина за частиною утворюють ніби ланцюг висновків. Так, при відповідних вихідних даних із факту купівлі дорогої речі виводять факт несподіваного отримання великої суми грошей, а з цього факту – висновок про отримання хабара. Необхідно підкреслити, що однієї послідовної системи непрямих доказів недостатньо для достовірного висновку про доказовий факт, оскільки всі висновки другого, третього і т.д. ступенів вказують лише на можливість існування цього факту. Тому окремо взята послідовна система слугує лише елементарною складовою структури непрямих доказів, які повинні бути зібрані у кримінальній справі.

Роль послідовних систем полягає у тому, що саме з їх допомогою забезпечується розвиток аргументації – із вихідних даних до кінцевого висновку. Проте вони зовсім не вичерпують собою систему непрямих доказів. Поняття непрямого доказу зовсім не тотожне поняттю "ланцюгу доказів", – воно значно ширше. Надійність висновків, які одержуються в результаті використання послідовної системи непрямих доказів, не забезпечується виключно цією системою як такою і потребує, щоб в структуру "ланцюга" послідовних висновків були вплетені інші системи непрямих доказів, які мають іншу структуру.

Системи підкріплення. Їх складають докази, що взаємно підкріплюють один одного та утворюють певну сукупність, що забезпечує одержання достовірного висновку. В процесі доказування за допомогою непрямих доказів найбільш типовим є взаємне підкріплення взятих окремо, "незалежних" доказів, кожен з яких вказує на можливість існування однієї і тієї ж події. Отримання, наприклад, доказів, що встановлюють такі факти, як висловлення погрози, придбання знаряддя злочину, перебування на місці злочину і т.д. та співставлення їх є певною сукупністю цих доказів, які вказують на причетність певної особи до вчинення злочину. Кожен із цих доказових фактів може бути витлумачених окремо, без зв'язку з предметом доказування у конкретній кримінальній справі. При такому тлумаченні зазначені доказові факти не пов'язані між собою, вони лише випадково співпадають по часу. Проте серед усіх цих численних випадкових тлумачень є лише одне, що повторюється кожного разу, яке пояснює всі факти тотожно, як моменти однієї події. Доказів, що встановлюють вказані вище факти є недостатньо для достовірного висновку про винність особи, але в ході розслідування виявляються інші "паралельні" докази, причому з кожним наступним таким фактом їх випадкове тлумачення стає все менш ймовірним.

Непрямі докази пов'язані між собою в двоякому відношенні. По-перше, всі вони і кожен окремо повинні вказувати на одну і ту ж загальну тезу і співпадати в напрямку висновку. По-друге, доказова теза повинна становити саме той факт, через який окремі докази пов'язані між собою. На початковій стадії розслідування непрямий доказ являє собою фактичні дані про обставини, по відношенню до яких достовірно встановлено зв'язок з доказовим фактом. При наявності багатьох непрямих доказів мислення будується наступним чином:

а) підозрюваний погрожував вбивством жартома, в цілях шантажу, відповідно він непричетний до вбивства;

б) речі, що належать убитому знайдені у підозрюваного випадково, вони куплені, знайдені і т.д., а отже він не причетний до вбивства;

в) підозрюваний з'явився на місці злочину тому, що випадково проходив повз це місце, а отже, не причетний до вбивства.

Якщо кожну з перелічених "випадкових" обставин і можна за певних умов охарактеризувати як таку, що хоча і можлива, але зустрічається досить рідко, то при поєднанні багатьох таких обставин, співставленні їх, значно знижується ступінь ймовірності того, що насправді все так і було. Процес співставлення цих обставин, збирання декількох, направлених до одного достовірного висновку аргументів є не просто "сумою" цих аргументів, а виступає новим аргументом для обґрунтування цього висновку.

Системи підкріплення непрямих доказів нерозривно пов'язані з послідовними системами, вони розвиваються по мірі їх перевірки та обґрунтованості. Але саме тому, що цих систем багато і вони самі створюють системи, кінцевий висновок стає по мірі розвитку цих систем все більш обґрунтованим та надійним аж до повної його достовірності.

Системи виключення несумісних фактів. Встановлення того факту, що підозрюваний в момент, коли відбувався злочин не знаходився, наприклад, на роботі, означає не більше, ніж припущення про те, що він міг бути на місці події. Для доказування тези про те, що підозрюваний дійсно був на місці події, потрібно виключити варіант його перебування в інших місцях (наприклад, не був у кіно, не був у поліклініці та інше). При цьому перевірка несумісних чи конкурентних версій обов'язково пов'язується із "позитивним" доказуванням тієї версії, що залишилась, оскільки, навіть після перевірки всієї сукупності несумісних (конкурентних) подій, висновок – "отже, був на місці злочину" не є однозначним.

Субсидіарні системи доказів. Тут мова йде про певну сукупність доказів, що посилюють чи послаблюють значення того чи іншого побічного факту за певних умов у конкретній кримінальній справі. Наприклад, субсидіарними по відношенню до системи доказів, в яку входять дані про те, що презюмований хабародавець отримав у банку велику суму грошей, будуть докази, які свідчитимуть про те, що в цієї особи відсутня дана сума грошей і жодних грошових переказів він не вчиняв.

Аналізуючи все вище сказане можна зробити наступні висновки.

Першим є висновок про доступність будь-яких операцій з непрямими доказами для їх наукового аналізу. Очевидно, що всі процеси перевірки, співставлення та оцінки непрямих доказів носять раціональний характер, піддаються вивченню та класифікації.

Другий важливий висновок полягає у встановленні тісного зв'язку між процесуальними аспектами теорії доказів в кримінальному процесі та криміналістичною тактикою (збирання та використання доказів).

Третій висновок полягає у тому, що структура процесу доказування в кримінальному судочинстві за допомогою непрямих доказів може бути обґрунтована деякими положеннями методики доказування, розробленої в області точних наук. Мова йде про використання в доказуванні теорії ймовірності. Ця теорія дає можливість виразити математично вимогу достовірності та однозначності будь-якого висновку при доказуванні за допомогою непрямих доказів (так, наприклад, як це має місце при експертній ідентифікації об'єкта при обмеженій кількості ознак – папілярних візерунків, рельєфу взуття та ін.).

Слід мати на увазі, що розглянуті вище види системи непрямих доказів не використовуються в "чистому вигляді", ізольовано одна від одної, так як і самі непрямі докази на практиці не використовуються окремо.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОГО СЛІДСТВА СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Згідно з ч.3 ст. 358 КПК України апеляційний суд може визнати необхідним проведення судового слідства в повному обсязі чи частково, коли є підстави вважати, що судове слідство судом першої інстанції було проведено неповно чи однобічно.

На наше переконання, будь-яка апеляційна перевірка судового рішення повинна включати проведення судового слідства. Це зумовлене самою суттю апеляційного провадження. Утім, у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві лише перегляд вироків та постанов судів першої інстанції про застосування примусових заходів виховного і медичного характеру пов'язаний із проведенням апеляційною інстанцією судового слідства. Усі ж інші рішення, які можуть бути об'єктом апеляційного розгляду, перевіряються за правилами касаційного провадження.

2. Відповідно до ч.5 ст. 362 КПК України судове слідство в апеляційному суді провадиться за правилами глави 26 КПК України з єдиним застереженням – лише щодо тієї частини вироку, законність і обґрунтованість якої оспорюється в апеляції.

Поряд з цим, згідно з ч.1 ст. 297 КПК України судове слідство починається з читання обвинувального висновку, а у справах приватного обвинувачення – з оголошення скарги потерпілого. У зв’язку з цим, в юридичній літературі (Т.В. Шевченко) цілком обґрунтовано піддається сумніву необхідність оголошувати вказані документи в апеляційному суді, якщо перед тим відповідно до ч.2 ст. 362 КПК України вже відбулася доповідь судді. Адже межі апеляційного розгляду визначаються не обвинувальним висновком, не скаргою приватного обвинувачення, а іншими процесуальними документами – апеляціями. Тому в КПК України необхідно закріпити положення про те, що судове слідство в суді апеляційної інстанції розпочинається з доповіді справи.

Отже, та обставина, що в суді апеляційної інстанції може проводитись новий повторний розгляд кримінальної справи по суті, не означає, що судове слідство як частина апеляційного розгляду є точною копією провадження в суді першої інстанції.

Варто погодитися з дослідниками (Т.В. Шевченко) також у тому, що цілком логічним буде й невиконання апеляційною інстанцією дій, передбачених ст. 298 КПК, – роз’яснення суті обвинувачення та з'ясування ставлення до нього обвинуваченого. На жаль, висловлені зауваження не враховані законодавцем.

3. Після доповіді справи апеляційний суд заслуховує думки сторін. Для цього він повинен забезпечити їм можливість висловити свою позицію. Звичайно, представники сторін, які не оскаржили судове рішення, можуть відмовитись від такого права, проте вони не можуть бути його позбавлені.

Після висловлення сторонами своїх думок, апеляційний суд переходить до перевірки доказів. Виходячи із змісту п.1 ч.1 ст. 358 КПК України, питання про

© Бобечко Н., 2008

визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження може бути вирішено під час попереднього розгляду справи в суді апеляційної інстанції. Тому, якщо вказане питання знайшло вирішення в постанові судді апеляційного суду, головуючому в ході апеляційного розгляду залишається лише з'ясувати, чи є у сторін інші думки з цього приводу.

4. З метою перевірки доказів та дослідження на їх основі обставин справи, в суді апеляційної інстанції дозволяється проводити будь-які судові дії, спрямовані за збирання та перевірку доказів, передбачені главою 26 КПК України: 1) допити підсудних, потерпілих свідків; 2) очні ставки; 3) пред'явлення для впізнання осіб або предметів; 4) огляд місця події, речових доказів та документів; 5) оголошення протоколів та інших документів; 6) призначення експертизи та допит експерта. Хоча й тут є певні винятки, зумовлені межами процесуальних вимог, викладених в апеляціях.

Так, допит підсудного, потерпілого, свідка відбувається лише з приводу обставин, що оспорюються в апеляціях. Огляд речових доказів та проведення експертизи в апеляційній інстанції повинні стосуватись оскарженої частини вироку нижчестоящого суду. Оголошенню в апеляційному розгляді підлягають тільки ті документи, які містять обставини, що мають значення для справи і стосуються вимог, заявлених в апеляції.

Окремі науковці (І.Ю. Мірошников) зазначають, що підсудного спочатку повинні допитувати учасники апеляційного розгляду з боку захисту. Така думка не видається достатньо обґрунтованою.

На наш погляд, першим підсудного повинен допитувати той учасник процесу, який подав апеляцію, а після нього надається право допиту тому учаснику процесу, який подав заперечення на неї. У випадку розгляду справи, в якій апеляційне провадження розпочато з ініціативи як сторони захисту, так і сторони обвинувачення, першими підсудного допитують учасники процесу, які представляють ту сторону, яка оспорює вирок суду з основного питання кримінальної справи – про винуватість підсудного. Коли ж в апеляційному розгляді беруть участь кілька підсудних, їх захисників та законних представників, потерпілих, цивільних позивачів, цивільних відповідачів та їх представників, які у своїх апеляціях оскаржують правильність вирішення одного й того ж питання (наприклад, призначення покарання), то послідовність допиту визначає апеляційний суд з урахуванням міркувань сторін.

Закон не містить правила про те, що свідки, потерпілі, які раніше давали показання в суді першої інстанції, можуть бути допитані в апеляційному суді тільки у випадках, коли останній визнає їх виклик необхідним. Звідси клопотання сторони про виклик в судове засідання свідка, допитаного в суді першої інстанції, повинно бути задоволене в усіх випадках, якщо інформація, яку він повідомить, стосується частини оскарженого вироку.

Апеляційний суд вправі оголосити показання осіб, які не викликалися на апеляційний розгляд, але були допитані в суді першої інстанції. Згоди сторін на це не вимагається, але, якщо ці показання оспорюються ними, то особи, які дали показання, підлягають виклику та допиту в суді апеляційної інстанції. В іншому разі, раніше одержані показання не можуть бути покладені в основу рішення апеляційного суду.

Сторони вправі заявляти клопотання і про призначення судової експертизи, витребування нових доказів. При цьому суд апеляційної інстанції не вправі відмовити у задоволенні клопотань на тій підставі, що вони не були задоволені судом першої інстанції.

Чинний КПК України не забороняє апеляційному суду і допитувати з власної ініціативи нових свідків та досліджувати докази, що не були предметом розгляду в суді першої інстанції. Крім того, відповідно до ч.1 ст. 88^2 КПК України при розгляді справи в апеляційному порядку дозволяється відтворення технічного запису засідання суду першої інстанції як на вимогу сторін, так і за ініціативою вищестоящого суду.

5. Деякі процесуалісти (І.Ю. Мірошников) пропонують обмежити активність апеляційного суду в ініціюванні збирання доказів шляхом наділення його повноваженнями правоповідомлюючого характеру, сутність яких полягатиме в роз'ясненні сторонам необхідності проведення тих або інших судових дій, витребуванні додаткових доказів, призначення експертиз та у процесуальних наслідках їх невиконання. На наш погляд, у такій пропозиції простежується внутрішня суперечність. З одного боку, активність апеляційної інстанції пропонується обмежити, а з іншого – наділити її додатковими повноваженнями. По суті має місце намагання перекласти виконання роботи суду апеляційної інстанції на сторін: апеляційний суд вказує, які процесуальні дії у справі потрібно виконати, а сторони заявляють перед ним клопотання про їх проведення. Видається, що у такий спосіб принцип змагальності дещо спотворюється.

Суд апеляційної інстанції повинен використати будь-яку можливість для одержання додаткової інформації, що має значення для правильного вирішення справи (з власної ініціативи витребувати нові докази, дослідити як вже наявні у справі, які фігурували в суді першої інстанції, так і нові матеріали), а також створити умови для найповнішого забезпечення прав учасників апеляційного розгляду. Тож, коло доказів, що можуть бути покладені в основу рішення апеляційного суду, ширше, ніж при розгляді справи судом першої інстанції.

6. Окрім наведених вище, існують й інші особливості проведення судового слідства судом апеляційної інстанції, зумовлені самою суттю апеляційного провадження, його завданнями, значенням, місцем у системі кримінального судочинства. Насамперед, суд апеляційної інстанції в судовому слідстві покликаний не стільки встановити фактичні обставини справи, скільки перевірити правильність їх встановлення судом першої інстанції, правильність застосування ним норм матеріального і процесуального закону, а також справедливість призначеного покарання.

Водночас, судове слідство в апеляційній інстанції помилково називати лише повторним, це нове дослідження фактичних обставин справи з можливим залученням нових (додаткових) матеріалів, яке проводиться суддями іншої ланки судової системи, та метою якого є встановлення правосудності чи неправосудності оскаржених судових рішень, а також призначення справедливого покарання у випадку винесення апеляційним судом вироку.

ОСКАРЖЕННЯ ДО СУДУ ПОСТАНОВИ ПРО ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ.

Бойко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Порядок і строки оскарження постанови про порушення кримінальної справи, а також розгляду і вирішення такої скарги встановлений ст. ст. 236,(7) 236(8) КПК України. Згідно з вимогами цієї статті, постанова органу дізнання слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи щодо конкретної особи чи за фактом вчинення злочину може бути оскаржена до місцевого суду за місцем розташування органу або роботи посадової особи, яка винесла постанову, з дотриманням правил підсудності. При цьому скарга на цю постанову може бути подана до суду особою, щодо якої було порушено кримінальну справу або особою, інтересів якої стосується порушена кримінальна справа, її захисником чи законним представником протягом усього часу перебування справи у провадженні органу дізнання, слідчого, прокурора аж до моменту закінчення досудового слідства. Ці новели в правовому регулюванні порядку і строків оскарження до суду постанови про порушення кримінальної справи були запроваджені Законом України від 14.12. 2006 року № 462 – V «Про внесення змін до кримінально-процесуального кодексу України щодо оскарження постанови про порушення кримінальної справи». Цим же законом ст. 206 КПК України була доповнена ще однією підставою для зупинення досудового слідства, а саме: «зупинення судом слідчих дій на час розгляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи».

Вказані зміни суперечать засадничим принципам правосуддя, перешкоджають успішному виконанню завдань кримінального судочинства щодо швидкого і повного розкриття злочинів, викриття винних осіб, ефективного захисту прав та законних інтересів потерпілих та інших осіб, що зазнали шкоди від злочину, виходячи з наступного:

1. Згідно вимог ст.. 236 КПК України, постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про порушення кримінальної справи може бути оскаржена до суду протягом усього часу перебування справи у провадженні органу дізнання, слідчого, прокурора аж до моменту закінчення досудового слідства. При цьому, згідно із ч.ч. 3, 4 ст. 236 КПК України на час розгляду скарги суддя вправі зупинити слідчі дії з моменту винесення постанови судді про відкриття провадження за скаргою. Одним із рішень судді за результатами розгляду цієї скарги закон передбачає задоволення скарги, скасування постанови про порушення кримінальної справи з одночасним винесенням суддею постанови про відмову в порушенні кримінальної справи (ч. 12 ст. 236 КПК України).

Немає сумніву, що скасування постанови про порушення кримінальної справи та одночасне винесення постанови про відмову у порушенні кримінальної справи на етапі закінчення досудового слідства може нанести істотної шкоди досудовому розслідуванню справи, перекреслить величезні затрати державних коштів і людських сил по збиранню і перевірці доказів, що підтверджують

© Бойко В., 2008

злочинну діяльність обвинуваченого, адже, в разі скасування постанови про порушення кримінальної справи, слідчі дії і здобуті в їх результаті докази втрачають силу і не можуть бути використані в подальшому для підтвердження обвинувачення.

В такому разі це зашкодить також ефективному захисту прав та законних інтересів потерпілого та інших осіб від злочину і поставить під загрозу виконання інших завдань кримінального судочинства України. Крім того, прийняття суддею рішення про зупинення слідчих дій, яке може тривати аж до часу розгляду апеляції на постанову судді апеляційним судом, позбавить слідчого, прокурора, орган дізнання можливості оперативного проведення слідчих дій по збиранню доказів, що в свою чергу може призвести до втрати або знищення доказів по справі і цим самим завдати непоправної шкоди інтересам правосуддя і правам особи в кримінальному судочинстві, тим більше, що питання про зупинення слідчих дій віднесено на суб'єктивний угляд судді, який може бути не завжди обґрунтованим і правильним. В цьому разі не можуть бути реалізовані і повноваження прокурора щодо скасування постанови судді про зупинення слідчих дій, оскільки перевірка законності і обґрунтованості такої постанови може здійснюватись лише вищестоящим судом в силу принципу незалежності судової влади. З іншого боку, зупинення слідчих дій судом виходить за межі його конституційної функції здійснення правосуддя, оскільки, в такому разі суд перебирає на себе функції органів, які здійснюють кримінальне переслідування.

В зв'язку з цим, норма про зупинення суддею слідчих дій повинна бути виключена із Кримінально-процесуального Кодексу України.

2. Прийняття суддею рішення про скасування постанови про порушення кримінальної справи і водночас винесення постанови про відмову у порушенні кримінальної справи також не відповідає функції суду як органу правосуддя, а є частиною функцій кримінального переслідування, які покладені на органи і посадових осіб, коло яких визначено законом. Більше того, за певних умов ці органи і посадові особи будуть позбавлені судом можливості реалізувати ці функції за наявності для цього реальних підстав. Адже, якщо слідчий при порушенні кримінальної справи допустив помилку, навіть суто технічну, що стало підставою для винесення суддею вказаного вище рішення, то подальше доопрацювання таких матеріалів і винесення повторної постанови про порушення кримінальної справи за наявності для цього передбачених законом приводів і підстав стає неможливим, оскільки кримінальну справу не може бути порушено, якщо про відмову в порушенні справи за тим самим фактом є інша не скасована постанова (п.11 ст. 6 КПК України). А тому, хоч би якої тяжкості злочин було вчинено особою щодо якої порушена така справа, хоч би які збитки цим злочином були заподіяні, хоч які нові приводи і підстави для порушення кримінальної справи було знайдено, – за вказаних вище умов порушити таку кримінальну справу буде неможливо. Тому прийняття рішення про відмову в порушенні кримінальної справи не відповідає призначенню суду як органу правосуддя. Суд здійснює функцію контролю за законністю та обґрунтованістю рішення про порушення чи про відмову у порушенні кримінальної справи і в разі визнання постанови про порушення кримінальної справи незаконною і необґрунтованою, він повинен скасувати таку постанову і повернути матеріали для проведення додаткової перевірки.

3. Не відповідають призначенню суду як органу правосуддя і положення закону, які надають право судді розглядати в судовому засіданні скаргу без участі прокурора, в разі його неявки в судове засідання (ч.8 ст. 236-8 КПК України). В цих випадках обов'язок доведення правомірності порушення кримінальної справи покладається на суд, що призводить до виконання ним функцій сторони обвинувачення і цим самим до порушення конституційних принципів змагальності сторін, підтримання державного обвинувачення в суді прокурором, об'єктивності і неупередженості суддів при здійсненні правосуддя. Тому розгляд такої скарги судом повинен здійснюватись з обов'язковою участю прокурора та особи, яка подала скаргу і в разі неявки цієї особи в судове засідання без поважних причин провадження з розгляду скарги не повинно проводитись, а підлягає закриттю в зв'язку з відсутністю сторони процесу.

4. Не відповідають конституційним засадам правосуддя, а також рішенню Конституційного Суду України від 30.01.2003 р. у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального Кодексу України (справи про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) положення ч.15 ст.236-8 КПК України, в якій вказано на необхідність перевірки судом при розгляді скарги не тільки наявності підстав і приводів для винесення постанови про порушення кримінальної справи, а й законності джерел отримання даних, які стали підставою для винесення цієї постанови. А це означає, що в такому разі розгляд і вирішенням судом цих питань здійснювався б по суті, в умовах повної реалізації конституційних засад судочинства (гласності, усності, безпосередності дослідження доказів, змагальності, забезпечення права на захист та. ін.), що суперечить п.9 вказаного вище рішення Конституційного суду України, в якому спеціально зазначено, що суд, розглядаючи скарги на постанови слідчого та прокурора про порушення кримінальної справи, щодо певної особи перевіряє наявність приводів і підстав для винесення цих постанов і не повинен розглядати та вирішувати заздалегідь ті питання, які повинен вирішувати суд при розгляді кримінальної справи по суті, оскільки це буде порушенням конституційних засад правосуддя.

Вимога про перевірку законності джерел отримання даних, які стали підставою для порушення справи без розгляду справи по суті з відкритим дослідженням доказів у справі суперечить цьому рішенню Конституційного Суду, оскільки це фактично означало б перенесення функцій суду з вирішення справи на досудові стадії процесу. В такому разі це завдало б, також, непоправної шкоди інтересам збереження таємниці досудового слідства. Очевидно, що вимога перевірки законності отримання даних, які стали підставою для винесення постанови про порушення кримінальної справи при розгляді судом скарги на цю постанову повинна стосуватись лише тих виняткових випадків, коли ці дані оспорюються особою, щодо якої було порушено кримінальну справу, її захисником чи законним представником, але в умовах закритого судового розгляду, що вимагає внесення відповідних змін до закону.

Таким чином, на підставі вищенаведеного, розглянуті вище положення закону щодо порядку оскарження і розгляду скарг на постанову про порушення кримінальної справи слід визнати такими, що не відповідають конституційним

засадам судочинства, інтересам правосуддя і особи, насамперед, потерпілого в кримінальному судочинстві України. В зв'язку з цим, до КПК України слід було б внести зміни, які закріплювали б право на оскарження постанови про порушення кримінальної справи щодо конкретної особи лише на початку досудового розслідування справи, не пізніше 7 днів з дня одержання відповідними особами копії цієї постанови (так як це було передбачено до внесення змін в КПК України Законом від 14.12.2006 р.). Це забезпечило б швидку реалізацію особою, щодо якої порушена кримінальна справа її диспозитивного права на оскарження цієї постанови, а також своєчасний захист її прав та законних інтересів засобами прокурорського нагляду і судового контролю за законністю і обґрунтованістю вказаної вище постанови.

Це забезпечило б і ефективний захист прав та законних інтересів потерпілого, а також захист інтересів держави і суспільства від злочинних посягань шляхом проведення швидкого і ефективного розслідування кримінальних справ.

НЕГАТИВНА ПОВЕДІНКА ПОТЕРПІЛОГО ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВПЛИВАЄ НА РОЗМІР ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Ващук Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правильне вирішення цивільного позову, який у кримінальному судочинстві слугує одним із засобів захисту порушених злочином майнових та особистих немайнових інтересів потерпілих, поряд з іншими обставинами залежить також і від належного визначення розміру шкоди (матеріальної, моральної), питання про відшкодування якої у ньому ставиться.

У науковій літературі немає єдиного терміну, яким би позначалася поведінка потерпілого, що впливає на зменшення розміру відшкодування шкоди при вирішенні цивільного позову і, отже, підлягає встановленню в рамках кримінального провадження. Відповідно, немає і єдиного її розуміння.

Теорією цивільного права на основі відповідної законодавчої норми розробляється положення про зменшення розміру відшкодування за умови, що шкода заподіяна внаслідок грубої необережності потерпілого (ч. 1 ст. 1193 ЦК), або ж відсутність матеріальної відповідальності взагалі, за умови, коли шкода потерпілому завдана внаслідок його ж умислу (ч. 2 ст. 1193 ЦК). Не дивлячись на те, що під час вирішення цивільного позову у кримінальному судочинстві все ж підлягає застосуванню матеріальна норма права цивілістичного циклу, зокрема й ЦК, пряме перенесення положень, вміщених у ч. 1, 2 ст. 1193 ЦК у сферу кримінального процесу, хоча б навіть і стосовно цивільного позову, як обставини, що впливає на відсутність взагалі або ж на зменшення розміру матеріальної відповідальності винного, навряд чи можливо.

Не вдаючись до обговорення питання про доцільність існування цієї норми у цивільному праві та можливість її практичної реалізації, зазначимо, що певною мірою сумнівним є правильність вживання терміну «вина потерпілого» як у кримінальному праві, так і в рамках кримінального процесу. Проте у науковій літературі не повністю відмовляються від вживання цього терміну у розумінні обставини, що впливає на зменшення розміру матеріальної відповідальності за цивільним позовом. Так, П. Дагель, наголошуючи на умовності та неточності вживання у кримінальному праві (відповідно, можна зробити висновок, що й у процесі, оскільки процесуальне право слугує засобом реалізації норм матеріального права) терміну «вина потерпілого» все ж не відмовляється від нього, через «його широку розповсюдженість», наголошуючи при цьому, що під цим терміном розуміється будь-яка неправомірна поведінка потерпілого взагалі, а не тільки суб'єктивна сторона. Водночас, автор зауважує, що вживання у кримінальному праві терміну «вина», хоча б і стосовно потерпілого можливе лише у випадках вчинення ним злочину.

Якщо визнати цю позицію прийнятною для застосування в рамках кримінального процесу, то стає незрозуміло, як слід поступити у випадку, коли

© Ващук Б., 2008

поведінка потерпілого не місить ознак складу самостійного злочину, а порушує тільки норми адміністративного, цивільного чи інших галузей права, чи взагалі не порушує будь-яких правових норм, отже, є правомірною у правовому сенсі, проте все ж обумовила зародження, розвиток та / чи реалізацію злочинного наміру у винного (у тому числі й при вчиненні незакінченого злочину). Більше того, у праві під терміном «вина» розуміється лише частина суб'єктивної сторони правопорушення, а не поведінка загалом. Для характеристики поведінки правопорушника в цілому слугують, поряд з суб'єктивною стороною і виною як її складовою частиною, й інші ознаки складу правопорушення, такі як об'єктивна сторона, об'єкт, суб'єкт. Отож, вина потерпілого в розумінні ст. 1193 ЦК, як специфічне цивільно-правове поняття, ні за своєю суттю, ні за формою неприйнятна для введення у науковий обіг кримінально-правової теорії та практики. Аналізу підлягає поведінка потерпілого в цілому. Поведінка потерпілого чи третіх осіб, якщо вона якоюсь мірою обумовила злочин, вчинений іншою особою, суттєво впливає на ступінь вини цієї особи. До того ж, у рамках кримінального права одному терміну «вина» надавати різні значення в залежності від його відношення до різних суб'єктів недопустимо через неправильне відображення у цих поняттях об'єктивної реальності. Оскільки позначення одним терміном різних за обсягом та змістом понять не наближає до справжнього знання, то очевидно, що у кримінальному праві вживання терміну «вина потерпілого» навіть у лапках неприйнятне. У кримінальному праві доцільніше вести мову про негативну (неправомірну або аморальну) поведінку потерпілого, що сприяла вчиненню злочину, яка за своїм змістом суттєво відрізняється від вини потерпілого та більш адекватно відображає суть явища. Це положення повною мірою поширює свій вплив і на сферу кримінального процесу.

Проте поняття «вини жертви» злочину не зовсім виключене з обороту кримінально-правовою теорією. Дослідженням окремих аспектів вини жертви злочину, звичайно не у вузькому розумінні, яке вкладається у неї теорією кримінального права, а у широкому розумінні цього висловлювання, займається віктимологія. Вина жертви у віктимології – це поняття більш ширше, ніж у праві (цивільному чи кримінальному). Вина жертви являє собою соціально-психологічну категорію, що не співпадає зі змістом і об'ємом вини у праві. При вині жертви у віктимологічному плані йдеться не про суспільно-небезпечний характер дії чи бездіяльності винного, а в основному про його негативну морально-етичну поведінку. Коли ж потерпілий порушує юридичну норму, то віктимологічний аспект його поведінки відступає на другий план, домінує аспект правовий. Вина у віктимології несе у собі значно більше морального начала, ніж вина у праві, хоча зовнішньо ці поняття багато у чому співпадають. Для кримінолога має значення негативна у широкому розумінні цього слова поведінка потерпілого.

У науковій літературі можна зустріти позицію про необхідність введення у кримінальне законодавство норми про «змішану вину». Як вважає одна з прихильників цієї точки зору Н. Кузнєцова, у ній необхідно вказати, що за наявності грубої вини потерпілого, яка не виключає вини суб'єкта злочину, кваліфікація діяння та караність останнього повинна відображати фактичну ступінь вини і заподіяної ним шкоди. Норма про «змішану вину» зобов'язала би практичних працівників більш ретельно враховувати і «вину потерпілого» та

сприяла б викоріненню помилок, пов'язаних з об'єктивним інкримінуванням. І хоча наведена позиція на перший погляд видається цілком закономірною, вона не може бути сприйнята як теорією, так і законодавцем, оскільки її справжня природа не позбавлена недоліків та протирічить загальним нормам кримінального права і, відповідно, викликає низку заперечень. Це, своєю чергою, знайшло відображення в ряді наукових публікацій з цих питань. Як зауважує П. Дагель, пом'якшення відповідальності заподіювача шкоди у випадках негативної поведінки потерпілого пояснюється тим, що його злочинне діяння або було спровоковано потерпілим, або без наявності такої поведінки потерпілого не привело би до злочинного результату. Таким чином, це не «змішана відповідальність» заподіювача і потерпілого за результат, а індивідуалізація відповідальності заподіювача, пом'якшення його відповідальності внаслідок зниження ступеня індивідуальної вини заподіювача шкоди. До цього В. Мінская додає, що не можна говорити про «змішану вину», якщо під виною розуміти суб'єктивне відношення до скоєного, а не склад правопорушення плюс інші обставини, які впливають на відповідальність конкретної особи. Мова може йти лише про наявність у діяльності кожного учасника шкідливого діяння (потерпілого та правопорушника) самостійних, хоча і взаємопов'язаних правопорушень, які ведуть до єдиного результату – заподіяння шкоди потерпілому. Тому винна поведінка потерпілого (як при умисній, так і при необережній формі вини) повинна бути предметом самостійного розгляду. Жоден факт такої поведінки не повинен залишитися поза увагою. Введення у кримінальне право поняття «змішаної вини» веде до зрівняння у вихідному положенні злочинця і його жертви. Визнання цього поняття означало би і змішування відповідальності, а це положення є юридичним абсурдом.

Навряд чи є підстави погодитися з позицією Л. І. Шаповалової про необхідність включення поведінки потерпілого до та у момент вчинення злочину щодо нього до загального предмета доказування у кримінальній справі (ст. 64 КПК). Очевидно авторка залишає поза увагою наступну обставину: незважаючи на те, що така поведінка прямо не передбачена в якості одного з елементів загального предмета доказування у кримінальній справі (ст. 64 КПК), вона все ж імпліцитно там закладена. Перш за все, поведінка потерпілого в окремих злочинах є конструктивним елементом їх складу. Це стосується таких злочинів, як умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 КК), умисне вбивство при перевищені меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 118 КК), умисне тяжке тілесне ушкодження, вчинене у стані сильного душевного хвилювання (ст. 123 КК), умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця (ст. 124 КК).

По-друге, у складах злочинів, де поведінка потерпілого не виступає однією з ознак їх складу, вона все ж підлягає з'ясовуванню як обставина, що стала мотивом вчинення злочину, провокувала його вчинення. Отож, як бачимо, за відповідних обставин, обумовлених особливостями законодавчої конструкції складу конкретного злочину, а також ситуацією його вчинення тощо, поведінка потерпілого все ж набуває значення елементу загального предмета доказування у кримінальній справі, хоча й прямо там не передбачена.

Крайнім проявом позиції щодо значення неналежної поведінки потерпілого у кримінальному праві та, відповідно, процесі, у юридичній літературі є думка про те, що не слід визнавати в якості потерпілих осіб, які своїми діями, подекуди й протиправними чи аморальними, сприяли вчиненню злочину, від якого самі ж і постраждали (Стрємовскій В. А., Шаповалова Л. І.). З такими поглядами навряд чи є підстави погодитися. Як слушно у даному контексті зауважує В. С. Шадрін, по-перше, неприпустимо вважати постраждалого винним у вчиненні проти нього злочину і наказувати його за це шляхом позбавлення процесуальних прав, які є для нього засобом відстоювання власних інтересів. Кожен винен лише у тому, що вчинив він сам. Якщо суд вважає поведінку потерпілого такою, що сприяла вчиненню злочину, то він може врахувати цю обставину при визначенні ступеня винності підсудного, виду і розміру покарання, яке йому призначається.

По-друге, відмова особі, якій злочином заподіяна шкода, у наділенні її правами потерпілого рівнозначна відмові від правосуддя. Якщо ж поведінка потерпілого містить ознаки правопорушення чи навіть його крайнього прояву – злочину, то вона повинна одержати відповідну реакцію з боку правоохоронних органів, але аж ніяк не може слугувати обставиною, яка здатна обмежити будь-чиї права, у тому числі і такого потерпілого.

Аналогічну оцінку описаній ситуації дає і Пленум Верховного Суду України. Відповідно до його постанови «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих у кримінальному судочинстві» від 2 липня 2004 року № 13, не можуть бути визнані потерпілими особи, які постраждали від злочину, вчиненого ними ж; водночас, оскільки закон не пов'язує позбавлення особи статусу потерпілого з неправомірністю її поведінки, суди мають визнавати особу потерпілим й у випадках, коли вчинення щодо неї злочину спровоковано її діями. При цьому неправомірність поведінки потерпілого може бути врахована при кваліфікації дій підсудного або призначенні йому покарання.

Необхідною умовою можливості врахування поведінки потерпілого як обставини, що впливає на зменшення обсягу відповідальності у кримінальному процесі, зокрема і матеріальної, є те, що така поведінка потерпілого повинна знаходитися у прямому причинному зв’язку зі вчиненим злочином щодо цього потерпілого. Тобто, вона повинна виступати хоча й не єдиною, проте однією з головних обставин, що обумовила зародження, розвиток та / або реалізацію злочинного наміру у винного, відповідним чином відображатися у його свідомості.

Отож, у кримінальному процесі, у тому числі стосовно цивільного позову, можна вести мову лише про *негативну поведінку потерпілого* (її зміст ми з’ясуємо згодом) та значення її як обставини, що пом’якшує як кримінальне покарання, так і зменшує обсяг матеріальної відповідальності суб’єкта злочину. Очевидно, що обставиною, яка впливає на зменшення розміру відшкодування за цивільним позовом, повинна враховуватися тільки та негативна поведінка потерпілого, яка водночас слугуватиме і обставиною, що пом’якшує кримінальне покарання. Іншими словами, якщо у кримінальній справі негативна поведінку потерпілого є такою, що пом’якшує кримінальне покарання, то вона повинна бути врахована водночас і як обставина, що впливає на зменшення розміру відшкодування за цивільним позовом. Якщо ж така поведінка, виходячи з

обставин конкретної справи, не підлягає врахуванню як пом'якшуюча обставина при призначенні кримінального покарання, то вона також не повинна впливати і на визначення розміру матеріальної відповідальності у кримінальному судочинстві. Такий підхід обумовлюється тим, що шкода, питання про відшкодування якої ставиться у цивільному позові, заподіюється виключно злочинним діянням. Відтак, якщо негативна поведінка потерпілого значима для злочинного діяння (тому й враховується як пом'якшуюча обставина при призначенні покарання), то вона водночас значима і для визначення розміру шкоди, яка підлягає відшкодуванню, оскільки шкода заподіяна саме цим злочинним діянням.

Отож, під негативною поведінкою потерпілого, яка повинна бути врахована судом як обставина, що впливає на зменшення розміру матеріальної відповідальності винного у кримінальному процесі, слід розуміти таку поведінку, яка відобразившись у свідомості винного, призвела до зародження, формування та / або реалізації його злочинного наміру (незалежно від того, чи був він доведений до логічного завершення з причин, що не залежали від волі винного), перебуває із вчиненим злочином у прямому причинному зв'язку, і слугує, можливо, хоча і не єдиною, але однією з основних обставин, яка обумовила його вчинення.

Негативна поведінка потерпілого, за умови її наявності, обов'язково повинна бути врахована при визначенні конкретного розміру шкоди, яка підлягає відшкодуванню, з врахування її специфіки, форми, конкретного змісту тощо, а також враховуючи особливості конкретно вчиненого злочину загалом.

УЧАСТЬ «НАРОДНОГО ЕЛЕМЕНТА» У ВІДПРАВЛЕННІ ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ: ДО ПОСТАНОВКИ ПИТАННЯ

Гринишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. В країнах з розвиненим змагальним процесом народ безпосередньо бере активну участь у здійсненні правосуддя в кримінальних справах. Суд за участю представників народу у такому процесі є не просто кримінально-процесуальним інститутом, а важливим соціальним інститутом, наявність якого свідчить про існування в державі демократичної і незалежної судової влади.

На сьогодні не існує однозначної думки правознавців щодо доцільності та форм існування цього інституту в Україні. Відповідно до Конституції України, народ безпосередньо бере участь у відправленні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Тим самим фактично проголошено дві форми участі народу в реалізації судової влади. Це конституційні положення не тільки відтворене в Законі України «Про судоустрій України» від 07.02.2002 р., але й конкретизоване в його положеннях.

Тож, як бачимо, участь народних засідателів і присяжних у розгляді і вирішенні кримінальних справ є нормативною вимогою. Проте досі ці задекларовані норми повною мірою не знайшли свого закріплення у кримінально-процесуальному законодавстві України. Чинний Кримінально-процесуальний Кодекс України на сьогодні передбачив і врегулював участь лише народних засідателів. Згідно з ч.3 ст. 17 КПК України, кримінальні справи, за які законом передбачена можливість призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі, розглядаються судом у складі двох суддів і трьох народних засідателів, які при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді. Тобто законодавець визначає участь народних засідателів у здійсненні правосуддя обов'язковою не в усіх випадках, а тільки у справах про особливо тяжкі злочини, тобто таких, що мають дуже важливе громадське значення. Участь же у розгляді і вирішенні кримінальних справ присяжних засідателів КПК України поки-що не передбачив взагалі.

2. Суд за участю народних засідателів відомий в теорії організації суду під назвою «шеффенський суд». Україна має багаторічний досвід діяльності такого суду – як позитивний, так і негативний, і він по різному оцінюється у правовій доктрині та практиками. Так, негативно оцінює діяльність народних екс-голова Верховного Суду України, проф. В.Т. Маляренко. Він вважає, що головними проблемами їх діяльності є: добір на розгляд конкретної справи, виклик до суду і непристосованість приміщень судів для нормальної життєдіяльності таких засідателів. Немало вчених вважає, що суд народних засідателів є пережитком минулого. Опонент такого підходу М.М. Михеєнко справедливо вважає, що участь народних засідателів зміцнює незалежність суду, підвищує його авторитет і довіру до нього населення.

3. Закріпивши в Конституції України засади інститутів народних засідателів і присяжних, законодавець поєднав вітчизняний досвід безпосередньої участі

© Гринишин А., 2008

народу в здійсненні правосуддя. Проте постає запитання – чи не буде зайвим у нас один з цих інститутів? Видається, що – ні! Коли певні питання буде вирішувати суд присяжних англійського зразка, а у вирішенні визначеної категорії справ будуть брати участь разом з суддями і народні засідателі, то це свідчитиме про високу демократичність такого суду. Інша справа, що питання розмежування сфери діяльності цих інститутів, порядку формування корпусу присяжних і народних засідателів та відсутність належного матеріально-технічного забезпечення є сьогодні важливими теоретичними і практичними проблемами, які потребують нагального вирішення. У цьому напрямку необхідна ґрунтовна підготовча робота, а саме: напрацювання і прийняття, апробація та адаптація правових норм; підвищення рівня правової культури та суспільної моралі, а також усунення суспільно-психологічної проблеми щодо участі народу в кримінальному правосудді.

Тож, чи має Україна відмовитись від участі народу в кримінальному правосудді, як це пропонують деякі українські юристи, і змінити свою Конституцію? Переконані, що – це недоцільно, адже саме участь народу в правосудді розвиватиме демократичні цінності через залучення звичайних громадян до кримінального судочинства.

4. Можна стверджувати, що конституційна реальність спонукає до запровадження і функціонування в Україні суду присяжних англо-американського взірця. Це – єдина об'єктивна реальність, яку слід враховувати. Правда, немало авторів вважають, що це призведе до змішування двох світових судових систем, оскільки Україна належить до романо-германської системи права і англо-американська судова система не може стати гарантом об'єктивного вирішення конфлікту «суспільство – особа» (Котляр В.). Звичайно питання традицій і новацій є складним. Проте слід сказати, що ймовірність перенесення «чужих» правових інститутів цілком вкладається в уявлення про правовий процес: ми не могли б сьогодні говорити про романо-германську правову систему, якби в Європі не відбувалось рецепції «чужого» римського права. Тим більше багатовікова історія свідчить про тривале існування окремої лави присяжних і в судовому процесі нашої держави.

Розвиток інституту участі народу в здійсненні правосуддя не стоїть на місці, про його вдосконалення неодноразово згадується в численних нормативно-правових актах. Зокрема, Президент України, затвердивши своїм Указом від 10.05.2006 р. «Концепцію вдосконалення судівництва для утворення справедливого суду в Україні відповідно до Європейських стандартів», вказав, що у судах другого рівня повинен функціонувати суд присяжних, діяльність якого необхідно врегулювати законодавчо, передбачивши його використання лиш в окремих категоріях кримінальних справ. Цей указ закріплює також необхідність процесуального оформлення інституту народних засідателів у здійсненні судочинства. Наголошується, що для правильного і максимально справедливого вирішення певної категорії справ важливими є не тільки юридичні знання суддів, але й життєвий досвід та моральність народних засідателів.

Проект нового Кримінально-процесуального кодексу України (прийнятий Верховною Радою України в першому читанні 15 грудня 2005 р.) містить главу 47, в якій визначені особливості провадження в суді присяжних. Основною різницею між двома інститутами участі народу в здійсненні правосуддя є те, що народні

засідателі користуються всіма правами судді в судовому процесі і утворюють з професійним суддею єдину колегію, тобто приймають рішення разом, у той час як права присяжних і професійного судді різні, рішення (вердикт) присяжні приймають окремо від професійного судді, і воно для останнього є обов'язковим при винесенні остаточного рішення у справі. Остання редакція проекту Кримінально-процесуального кодексу України 2006-го року (далі – Проект КПК) містить ще більш ґрунтовний виклад питань діяльності суду присяжних.

5. Дотепер немає в чинному кримінально-процесуальному законодавстві встановленого порядку розгляду справ судом присяжних. Вирішення цих питань залежить від ґрунтовних та глибоких наукових досліджень. «Бути чи не бути» в Україні суду присяжних класичного зразка залежить також від багатьох чинників: належного фінансування суддів, психологічних чинників, суспільної свідомості, менталітету нації в цілому. Тому, цю проблему треба вирішувати, а не відкидати. Оскільки існують вказані конституційні норми, то законодавець зобов'язаний забезпечити функціонування таких інститутів в нашій судовій системі, і неможна говорити про неможливість існування суду присяжних, бо тоді ставитиметься під сумнів верховенство Конституції України і імперативність її норм.

6. Зміни в законодавстві самі по собі ще не здатні швидко і кардинально змінити професійні стереотипи і способи діяльності суддів, прокурорів і адвокатів. Адже нові форми діяльності завжди натикаються на опір фахівців, чиї професійні навички сформовано в інших ідеологічних умовах. Як показали проведені нами дослідження, судді при згадці про можливість створення інституту суду присяжних в Україні воліють змінити тему. А на пряме запитання про ставлення до журі присяжних судді, здебільшого, негативно відносяться до цього інституту, вважаючи його архаїзмом, і таким, що не виправдовує себе і тому не може існувати в Україні. Вони в основному вважають, що склад колегіального суду має бути виключно професійним. Більшість з них стоять на позиціях недоцільності існування інституту участі народу в здійсненні правосуддя. Чи не є це проявом бажання суддівської спільноти отримати абсолютно безмежні та безконтрольні повноваження? В контексті цього постає запитання, чи може держава, її судова гілка влади, здійснювати правосуддя на підставі позитивного права, не прислуховуючись до думки безпосереднього носія цієї влади – народу? Існує думка, що там, де стабільність є важливішою за правду та законність, є доречнішою за справедливість, достатньо лиш суддів-професіоналів. Але трапляються ситуації, коли застосований закон є більш жорстоким, ніж скоєний злочин, якщо підсудний вірить у власну невинуватість, якщо суспільство не може, самоусунувшись, довірити вирішення найбільш резонансних справ державі – то саме тут простір для діяльності суду за участю представників народу – присяжних.

7. Суд присяжних як правова інституція, як процесуальна конструкція в дійсності є соціальним інститутом лише за умов включення у контекст оновленої судочинної діяльності. До того ж, наявність у законі норм, що регламентують порядок організації та процедуру діяльності суду присяжних, загалом не гарантує справедливого правосуддя. Крім цього, реформуванню мають бути піддане праворозуміння професійних суддів, а також правосвідомість усього суспільства. Мало сенсу в обговоренні питання про те, чи дозріла Україна для введення суду присяжних. На нашу думку, обговорювати слід проблеми, що мають вирішуватися в Україні з уведенням цього інституту.

ЗАСТОСУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ ПОЛОЖЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ (1950 Р.) СТОСОВНО НЕДОТОРКАНОСТІ ЖИТЛА.

Гузела М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Європейська спільнота та світове співтовариство відносить особисту недоторканність особи, недоторканність її житла і пов'язану з нею таємницю особистого та сімейного життя до розряду найважливіших прав людини і закликає всі цивілізовані і демократичні держави закріпити в своєму національному законодавстві необхідні правові гарантії забезпеченя цих цінностей, що стосуються особи. Європейські стандарти законодавства про кримінальне судочинство регламентують недоторканність житла особи як складову або похідну її особистої недоторканності. Зокрема, у ст. 12 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року передбачено, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань. Аналогічна вимога регламентує ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, прийнятого Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р., який набув чинності для України 23 березня 1976 р.

Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 р. також декларує і регламентує зазначені права особи. Зокрема, ст. 8 Європейської конвенції наголошує, що кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції". Відповідно до рішень Європейського суду з прав людини вважається, що держава виконує свої зобов'язання щодо дотримання вимог цієї статті, якщо утримається від дій, які б порушували ці права, а також ця держава гарантуватиме їх забезпечення. Зокрема, найбільш чітко Європейський суд висловився на цей предмет у справі „Ейрі проти Ірландії" (1979), у якій судові органи Ірландії відмовили надати жінці, котра намагалася в судовому порядку отримати розлучення з чоловіком, що був схильний до насильства, відповідну юридичну допомогу. В цьому випадку Європейський суд з прав людини ухвалив, що хоча метою ст. 8 Конвенції є, головним чином, захист особи від довільного втручання з боку державних властей, ця стаття змушує державу не тільки утримуватися від такого втручання, а до цього негативного зобов'язання держави додається також позитивне, яке є необхідним для забезпечення дійсної поваги до особистого і сімейного життя, а тому держава порушила ст..8 Конвенції. Таким чином, взаємопов'язані аспекти невтручання з боку держави та позитивне зобов'язання відіграють важливу роль у тлумаченні ідеї „права на повагу" відповідно до Конвенції.

Україна, ратифікувавши у 1997 р. Європейську конвенцію з прав людини, закріпила в своїй Конституції норму проте, що кожен має право на житло (ст. 47), а також норму, що не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду (ч.2 ст.30). Лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя, людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у

© Гузела М., 2008

вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду і обшуку (ч.3 ст.30). Такі конституційні положення в якості принципів судочинства знайшли своє закріплення в чинному Кримінально-процесуальному кодексі України, оскільки вони мають принципове значення з точки зору охорони і захисту прав людини.

Порядок проникнення в житло без рішення суду передбачений статтями 177 та 190 чинного КПК України і статтею 198 проекту КПК (в ред. від 20.09.2007 р.). Проте, слід зазаначити, що названа конституційна норма не охоплює всіх можливих ситуацій (невідкладних випадків), за наявності яких можливе проникнення до житла без вмотивованого рішення суду, що, безумовно створює проблеми при правозастосуванні. Тому необхідно обов'язково передбачити у КПК України такі невідкладні випадки, коли проведення огляду житла чи іншого володіння особи, обшуку та виїмки в них не терпить зволікання. Вважаємо, що такими невідкладними випадками можуть бути наступні: необхідність зупинення подальшої злочинної діяльності особи, раптова поява фактичних підстав проведення названих слідчих дій та інші аналогічні випадки.

КПК України розглядає проблему недоторканності житла та іншого володіння особи лише з позиції необхідності здійснення обшуку, огляду та виїмки, а також зняття інформації, тобто, конкретних процесуальних дій. У зв'язку з цим в КПК України має бути передбачений порядок отримання відповідних дозволів на проведення цих слідчих та оперативно-розшукових дій у житлі та іншому володінні особи, а також порядок їх проведення. В загальних рисах цей порядок законом передбачений, але він вимагає більшої конкретизації, адже, невизначеність такого порядку може потягти певні негативні наслідки. Кримінально-процесуальна форма не допускає провадження процесуальних дій за аналогією або на власний розсуд. Усі дії, пов'язані з проникненням у житло чи інше володіння особи, мають здійснюватись лише у суворій відповідності із законом, оскільки, саме таким чином особі буде дійсно гарантовано право на недоторканість її житла чи її іншого володіння.

Чинний КПК України у ст. 141 регламентує, що громадянам гарантується недоторканність житла. Ніхто не має права без законної підстави увійти в житло проти волі осіб, які проживають у ньому. Особисте життя громадян охороняється законом. Обшук, виїмка, огляд приміщення у громадян можуть провадитись тільки на підставах і в порядку, встановлених КПК України. Як бачимо, в чинному КПК немає згадки про ,,інше володіння особи", і тому ми поділяємо твердження, що суди зобов'язані виконувати в кримінальному судочинстві конституційну норму про недоторканість житла чи іншого володіння особи як норму прямої дії.

Про особливе значення права на недоторканість житла людини свідчить і той факт, що цьому питанню приділяється значна увага в розроблюваному кримінально-процесуальному законодавстві України. Так у ст. 7 проекту КПК України від 20.09.2007 року, підготовленого робочою групою Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права зазначено, що кримінальне провадженя здійснюється на підставі закону з дотриманням прав і свобод, які гарантуються Конституцією України та міжнародними договорами, згода на обов»язковість яких нв території України надана Верховною радою України. Одним з таких конституційних прав є право на недоторканність житла чи іншого володіння особи як засада кримінально-процесуального провадження. Відповідно до ч.3,4 ст. 12 вищеназваного проекту кожному гарантується

недоторканність житла. Не допускаються проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення у них огляду або обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних з урятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду або обшуку допускається без судового рішення з дотриманням порядку, визначеному проектом цього кодексу.

Однак, як бачимо, ст.. 30 Конституції України, а також і вищенаведена ст. 12 проекту КПК України дещо відрізняються від правила, яке регламентується ч.2 ст.8 Європейської конвенції з прав людини і основних свобод. Адже, Конвенція чітко регламентує, що держава не може втручатися у здійснення цього права (тобто, права на повагу, в даному випадку, до житла особи) інакше, ніж у відповідності до кримінально-процесуального закону та у випадках, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням і злочинам, для захисту здоров'я або моралі чи з метою захисту прав і свобод інших людей. Якщо порівняти зміст ст. 8 Європейської конвенції, з одного боку, та зміст ст.. 30 Конституції України і ч.3,4 ст.12 проекту КПК України, то можна дійти висновку, що Європейська конвенція передбачає значно ширші можливості для обмеження права особи на недоторканність житла, ніж у національному кримінально-процесуальному законодавстві України. Більше того, вищеназване правило Європейської конвенції абсолютно не стосується іншого, крім житла володіння особи. Отже, Україна, регламентуючи в Конституції та в розроблюваному кримінально- процесуальному законодавстві недоторканність не тільки житла, а й іншого володіння особи, встановлює більш широкі права особи, ніж це передбачено Конвенцією, і цим самим створює для органів, які провадять кримінальний процес більш складні умови діяльності, ніж рекомендовані Європейською конвенцією європейськими стандартами. Ми поділяємо твердження про те, що, незважаючи на позитивні новели Конституції України та проекту КПК України з точки зору забезпечення недоторканності житла та іншого володіння особи, ці новели можуть стати серйозною проблемою на шляху подолання злочинності в державі. Адже, положення Конституції України стосовно гарантування недоторканності житла чи іншого володіння особи значно розширюють регламентовані Європейською конвенцією гарантії, а тому суперечать встановленим європейським стандартам стосовно даного питання. Слід наголосити, що кримінально-процесуальне законодавство наших найближчих європейських сусідів регламентує забезпечення недоторканності житла в межах рекомендацій ст. 8 Конвенції та вимог європейських стандартів. Оскільки Конвенція ратифікована Україною і стала частиною її національного законодавства, то така її розбіжність із Конституцією України і проектом КПК неминуче створює певну конфліктну проблему в кримінально-процесуальному провадженні на території нашої держави. З огляду на це, можна міркувати про такі шляхи вирішення проблеми: або суди вимушено зобов'язані за певних обставин застосовувати Конвенцію як акт прямої дії і в силу такого застосування порушувати норми Конституції України та норми КПК України, або ж до Конституції України вносяться відповідні зміни в межах європейських стандартів (хоч і всупереч ст. 22 Конституції України) і на основі внесених до Конституції України змін змінюються норми кримінально-процесуального законодавства України.

ДОКАЗОВЕ ЗНАЧЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ

Єзерський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливе місце в структурі норм, що регламентують загальні положення застосування криміналістичної техніки, повинні займати норми, що визначають доказове значення результатів, які при цьому отримуються. Розширення способів використання доказової інформації, отриманої з використанням криміналістичної техніки, в системі доказів складає основу концепції вдосконалення даного правового інституту. Разом з тим питання про місце результатів застосування криміналістичної техніки серед джерел доказів продовжує залишатися дискусійним. Так, на думку науковців-криміналістів, результати застосування криміналістичної техніки можуть бути визначені таким чином:

- як такі, що не мають самостійного доказового значення;
- як такі, що визначені в законі серед джерел доказів (інші документи, або речові докази);
- як самостійні джерела доказів.

Прихильники першої точки зору, зважаючи на невизначеність і непослідовність законодавства, вважають, що результати застосування криміналістичної техніки в кримінальному судочинстві не є джерелами доказів і відіграють ілюстраційну роль. Так, М.С. Строгович відзначає, результати застосування криміналістичної техніки, що додаються до протоколу слідчої дії не будучи доказами, слугують лише для пояснення і наочності протоколу, який є доказом. Разом з тим існує і менш категорична точка зору, згідно якої результати застосування криміналістичної техніки не володіють самостійним доказовим значенням, але стають такими будучи долученими до протоколу. В.Г.Гончаренко вважає, що матеріали застосування науково-технічних засобів можуть бути визнані джерелами доказів, але не самостійними, а тільки разом з тим протоколом, до якого вони долучені, і у зв'язку з ним.

Формально, якщо слідувати «букві» закону, то отримані в ході процесуальної діяльності результати застосування криміналістичної техніки дійсно не мають самостійного доказового значення, оскільки оформляються протоколом слідчої дії, що визначений серед джерел доказів. Не викликає сумніву, що саме застосування криміналістичної техніки може справляти істотний вплив на отримання фактичних даних, що фіксуються з її допомогою, визначати основний доказовий зміст протоколу, що складається. Ці обставини зумовили пошук інших способів процесуального закріплення матеріалів, отриманих в результаті використання криміналістичної техніки.

Застосування криміналістичної техніки може вирішити проблему доказового значення матеріалів, що отримуються до порушення кримінальної справи. Так, якщо отримувати пояснення не у письмовій формі, а фіксувати їх за допомогою засобів криміналістичної техніки, оформляючи отримувані при цьому результати окремим протоколом, то надалі результати попередньої перевірки можуть вважатись в справі як докази.

© Єзерський Р., 2008

Видається, що це може створити умови для забезпечення «наскрізного» доказування, коли фактичні дані, зафіксовані до порушення кримінальної справи, можуть при дотриманні певних процесуальних умов бути доказами в процесі подальшого розслідування злочинів і в суді. Необхідно додати, що при цьому не тільки прискориться процес отримання матеріалів первинної перевірки, але і підвищиться їхня інформаційна значущість. Певне значення це може мати для подолання протидії розслідуванню, коли фіксація первинних, як правило, правдивіших показань, може попереджувати їх подальшу зміну і таким чином понизити ефективність протидії.

У певних випадках оформлення результатів застосування криміналістичної техніки самостійним протоколом необхідне і після порушення кримінальної справи**.**

До таких випадків варто віднести ситуації, коли неможливо, або утруднено дотримання встановлених правил проведення і оформлення слідчих, судових і інших процесуальних дій**.** При цьому фактичні дані, які повинні були б бути встановлені в процесі слідчої дії, можуть бути процесуально закріплені за допомогою застосування засобів і методів криміналістичної техніки, що оформляється самостійним протоколом.

Наприклад, коли доступ до місця проведення огляду місця події неможливий для учасників кримінального процесу, застосування криміналістичної техніки для встановлення фактичних даних може бути покладено на спеціаліста, що має відповідну підготовку.

Складання самостійного протоколу застосування криміналістичної техніки може вирішити і проблему участі понятих, коли з певних причин неможливо або вкрай скрутно (наприклад, в нічний час, важкодоступних і малонаселених місцях тощо) забезпечити їх присутність в процесі проведення слідчої дії. Повна ж відмова від цього сталого інституту кримінального процесу, що гарантує достовірність отримуваних доказів, є передчасним. Проведення слідчих дій за відсутності понятих, варто розглядати як вимушений захід (виключення з правил), який може бути допустимий тільки при дотриманні певних умов, однією з яких є фіксація порядку і результатів проведення слідчої дії за допомогою застосування криміналістичної техніки.

Оформлення результатів застосування криміналістичної техніки самостійним протоколом є доцільним і в процесі слідчих дій, коли таке застосування здійснюється спеціалістами**.**

Це до певної міри спростить роботу слідчих, а разом з тим істотно розширить можливості спеціалістів щодо збирання доказів, не обмежуючи їх участь відміткою в протоколі огляду місця події, що також може істотно підвищити тривалість, а отже і результативність збирання доказів.

Не унеможливлено включення у вказаний протокол і результатів попередніх досліджень, що проводяться в процесі слідчої дії, що, до певної міри, вирішить проблему їх процесуального оформлення, а отже, підвищить об'єктивність первинного етапу розслідування.

Все це дозволяє розглядати оформлення результатів застосування криміналістичної техніки спеціалістами як особливий випадок складання протоколу застосування криміналістичної техніки, для чого пропонується окремо визначити його в КПК України як протокол техніко-криміналістичної роботи спеціалістів.

Така практика має місце у певних зарубіжних країнах, наприклад в Німеччині, Фінляндії, де результати техніко-криміналістичної роботи спеціалістів на місці події оформляються самостійним документом, що складається разом з протоколом огляду місця події. У ньому зазначаються і результати дослідницьких дій спеціалістів на місці події.

Таким чином, закріплення в законі можливості складання самостійних протоколів застосування криміналістичної техніки, а отже і доказового значення отримуваних при цьому результатів сприятиме раціональнішому розмежуванню функцій слідчого і спеціаліста-криміналіста, що в цілому, безумовно, позитивно позначиться на ефективності їх спільної роботи.

Процесуальна значущість протоколу застосування криміналістичної техніки залежить від системи гарантій, що допускають використання засвідчуваних ним матеріалів в процесі доказування. Очевидно, що це можливо лише за умови, якщо протокол відповідатиме загальним вимогам, що висуваються до процесуального оформлення застосування криміналістичної техніки, а також буде містити відмітку про попередження про кримінальну відповідальність для суб'єктів такого застосування. Для реалізації вказаної пропозиції варто внести відповідні зміни в КПК України, де окрім інших випадків встановити також кримінальну відповідальність за подання завідомо неправдивих матеріалів.

Таким чином, введення системи процесуальних гарантій до оформлення результатів застосування криміналістичної техніки дозволить вирішити проблему їх залучення до кримінальної справи.

Подальша конкретизація цих вимог стосовно оформлення результатів окремих засобів і методів криміналістичної техніки може проводитись на основі рекомендацій, закріплених спеціальним нормативним актом.

Долучення до матеріалів кримінальної справи результатів застосування криміналістичної техніки і супроводжуючих їх показань повинно проводитись слідчим на підставі протоколу, складеного в порядку і за правилами встановленими КПК України.

Підводячи підсумок аналізу даної проблеми, варто зазначити спільність основного змісту різних способів представлення результатів застосування криміналістичної техніки в кримінальному процесі. Ця спільність полягає в безпосередньому матеріальному характері відображення ознак об'єкта (події, явища), що залишається незмінним, незалежно від відмінностей в умовах отримання, зберігання і передачі інформації за допомогою конкретних засобів і методів криміналістичної техніки. Останні відіграють визначальну роль у виборі форми процесуального закріплення результатів застосування криміналістичної техніки. Загальним для перерахованих джерел доказів є випливаючий з теорії доказів і вимог закону зміст супровідної характеристики застосування технічних засобів (хто, де, коли, у зв'язку з чим, для чого, які засоби тощо), що фіксується в зрозумілій для безпосереднього сприйняття, процесуальній формі (протоколі процесуальної дії, супровідному документі, протоколі застосування криміналістичної техніки тощо).

Таким чином, матеріальний характер інформації, що відображається, при використанні криміналістичної техніки і зміст пояснень такого використання залишаються незмінними незалежно від процесуальної форми. Внаслідок чого

перевага не може бути віддана певній формі. Навпаки, різноманіття форм результатів застосування криміналістичної техніки в системі доказів має свої позитивні сторони. Чим більше варіантів залучення в систему доказів результатів застосування криміналістичної техніки надає кримінально-процесуальне законодавство, тим більше у суб'єкта розслідування можливостей зробити оптимальний вибір (виходячи з конкретних умов і з мінімальними витратами).

З цих позицій пріоритет окремих форм залучення результатів застосування криміналістичної техніки в систему доказів, обґрунтований у певних наукових роботах, видається досить спірним, оскільки перевага одних форм над іншими взагалі (поза зв'язком з конкретними обставинами отримання доказової інформації), негативно позначиться на процесі доказування в цілому.

Таким чином, проблема доказового значення результатів застосування криміналістичної техніки не може бути вирішена за рахунок виділення одного джерела доказів, а припускає їх подальшу диференціацію, розширення переліку і змісту.

ДОСЛІДЖЕННЯ ОЗНАК ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СУДОВО-МЕДИЧНИХ ЕКСПЕРТИЗ

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під час проведення судово-медичних експертиз, ознаки зовнішності можуть встановлюватися безпосередньо під час дослідження живої особи чи трупа, або можуть бути використані для опису, в такому випадку вони відіграють ніби допоміжну роль, і за їх допомогою описується зовнішність об'єкта, який досліджується, Для прикладу можна привести такий типовий опис трупа з однієї кримінальної справи: труп жіночої статі, правильної тілобудови, задовільного відживлення, довжина тіла біля 172 см. Також ознаки зовнішності можуть слугувати для позначення пошкоджень на тілі людини (наприклад, як по іншій кримінальній справі: плечовий суглоб набряклий, в тім'яно-потиличній ділянці посередині синець; на слизовій оболонці верхньої губи зліва – крововилив, вік особи, яка направлялася на експертизу був встановлений за паспортом цієї особи).

Портретна ідентифікація стосовно живих людей, як правило, проводиться експертами криміналістами. Якщо ж є необхідність порівняти зовнішність померлої особи з прижиттєвими фотографіями, то цим займаються судові медики. На практиці інколи поєднують ці дві групи експертів, призначаючи комплексне дослідження. Наприклад, прокуратурою Рівненської області розслідувалася кримінальна справа про вбивство гр. С. За матеріалами справи зі заявою до правоохоронних органів звернулася гр. А., про те, що ексгумований труп невідомої особи, є її чоловік гр. С. Даною громадянкою був даний детальний опис зовнішності чоловіка, де було вказано всі наявні у нього травми, хвороби, певні особливі прикмети, і описано зубний апарат. По даному факту було призначено комплексне медико-криміналістичне дослідження, на вирішення якого були поставлені наступні питання: 1) Який вік, стать, ріст, раса людини виходячи з краніометричних характеристик черепа та кісток скелета невідомої особи? і 2) Чи відповідають виявлені на черепі ознаки та індивідуальні характеристики індивідуальним особливостям, які мав гр.. С., згідно показань гр. А.? Використавши різноманітні методики (про які буде сказано нижче), експерти прийшли до висновків, що скелет невідомої особи відноситься до скелету особи чоловічої статі, європеїдної раси, яка мала вік 50-55 років і середній зріст 161 см. (в межах 158-164 см.). За вказаними вище ознаками, зубно-щелепними і іншими ознаками і характеристиками експерти прийшли до висновку, що вони не відповідають тим індивідуальним ознакам, які мав гр. С, згідно показів гр. А.

Під час проведення судово-медичних експертиз різноманітних частин, фрагментів тіла трупа (черепа, кісток і ін.) або дослідження живих осіб з використанням спеціальних методик, можуть бути встановлені різноманітні ознаки зовнішності.

При визначенні *раси* враховують анатомо-морфологічні особливості будови черепа.

Як зазначають більшість науковців, то проблем зі встановленням *статі* практично не буває, якщо збереглися зовнішні або внутрішні статеві органи.

© Жолнович І., 2008

Якщо досліджується об'єкт, у якого ці органи відсутні, то визначення статі проводиться шляхом виявлення різноманітних ознак статевих відмінностей між мужчинами і жінками. Або може бути використаний череп, оскільки чоловічий череп, як правило, за розміром більший ніж жіночий.

Визначення *віку* у живих осіб шляхом проведення судово-медичної експертизи найчастіше буває потрібним у випадках, коли необхідно притягнути до відповідальності малолітніх правопорушників, а їхній вік є невідомим. Згідно діючого Кримінально-процесуального кодексу експертиза віку у такому випадку є обов'язковою (ст.76 КПК України). За українським кримінальним правом деліктоздатними особи є з 16 років, а в окремих випадках з 14 років. Також факт встановлення неповноліття або повноліття впливає на призначення та вид покарання. Тому експертам необхідно, в більшості випадків, встановлювати вік у 14 – 16 та 18 років. Інколи експертиза віку проводиться ще й з інших причин: при втраті чи відсутності документів, при ухилянні від призову в армію, коли фізичний розвиток різко не відповідає документальному віку та ін.

При визначенні віку використовують ряд ознак, що свідчать про ріст молодого організму, початок статевого дозрівання, змужнілості чи вказують на зрілість та старіння людини. Варто зазначити, найбільш надійною методикою при встановленні віку є визначення точок затвердіння костей і настання синостозів, які появляються в певному віці та встановлюються рентгенографічним способом.

Такі українські вчені як П.Л. Голубович, А.Л. Голубович, О.В.Филипчук та інші розробили методики і перевірили їх на практиці, коли деякі ознаки зовнішності можна встановити при наявності деяких кісткових залишків, в тому числі і спалених при різних високих температурах.

Зуби є важливою ідентифікаційною ознакою, можна навіть сказати, що на рівні з черепом. При наявності достатньо великої інформації (особливостей будови зубів) позитивне ідентифікаційне дослідження може бути проведене тільки по зубному апарату без залучення яких-небудь інших методів. За часом прорізування і ступенем зношеності зубів можна визначити вік особи. При визначенні віку звертають увагу не тільки на число зубів, але також і на їх стан, а саме на наявність чи відсутність слідів стирання. Ідентифікувати особу можна і за наявністю (відсутністю) зубів, станом їх полікованості.

Підтвердженням великого ідентифікаційного значення зубів є також і те, що набуває розвитку такий вид судово-медичної експертизи як стоматологічна. Об'єктами дослідження такої експертизи поряд із прижиттєвими фотографіями обличчя і черепа, прижиттєвими і посмертними рентгенограмами щелепно-лицевої області, слідами і відбитками зубів, виступає піднебіння і рельєф спинки язика.

Правоохоронним органам слід використовувати найменшу можливість для встановлення зовнішності особи, незважаючи на її процесуальний статус. Для цього необхідно налагоджувати співпрацю не лише між правоохоронними органами і судово-медичними експертами, але і між науковцями різних галузей (криміналістами, медиками і іншими).

УМОВИ ФОРМУВАННЯ (РОЗРОБКИ) КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ХАРАКТЕРИСТИК ОКРЕМИХ ВИДІВ ЗЛОЧИНІВ

Калужна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За сорокалітню історію свого існування загальне поняття криміналістичної характеристики злочинів пройшло кілька фаз розвитку, що зумовлювались еволюцією уявлень про об'єкт і предмет криміналістики, впровадженням у сферу криміналістичних досліджень діяльнісного підходу, моделювання, системно-структурного та інших методів пізнання, поглибленою розробкою наукових основ методики розслідування злочинів. Опубліковані дискусійні точки зору, неточності пропонованих формулювань щодо різноманітних теоретичних аспектів криміналістичної характеристики злочинів відображають передусім виняткову складність і багатогранність досліджуваного об'єкта і поставили на порядок денний необхідність переосмислення її концептуальних основ. На підставі аналізу праць, у яких розглядаються теоретичні аспекти криміналістичної характеристики злочинів, спробую виокремити і систематизовано представити її риси і властивості, які в сукупності дають відносно завершене уявлення про сутність криміналістичної характеристики злочинів, відрізняють її від інших характеристик злочинів і від інших криміналістичних категорій, і які, як вбачається, водночас виступають вимогами (умовами), що ставляться наукою до формування криміналістичних характеристик окремих видів злочинів і забезпечують виконання ними своїх функцій.

1. По-перше, *за змістом* криміналістична характеристика – це сукупність відомостей про ознаки певного виду злочинів. Оскільки метою криміналістичної характеристики є оптимізація процесу розкриття та розслідування злочинів, то у ній повинні відображатися не будь які відомості про злочин, а тільки ті, що мають значення для організації діяльності працівників правоохоронних органів з розкриття та розслідування злочинів, і полегшують вирішення завдань правосуддя. Опису у ній підлягають тільки ті ознаки, які в рамках певного виду злочинів відрізняються чіткою розшуковою спрямованістю і можуть сприяти їхньому розкриттю та розслідуванню, виражають індивідуальність виду злочинів у криміналістичному сенсі. Отже, криміналістична характеристика злочинів – це упорядкована сукупність інформації *про криміналістично значущі ознаки злочинів*. Видається, що ця теза визначає не лише *зміст*, а й *межі* криміналістичної характеристики як (в сенсі) коридору, належності відомостей до криміналістично значущих. Визначення її *меж як глибини викладу* таких відомостей можна відобразити у тезі: ефективність криміналістичної характеристики буже тим вища, чим конкретніше виділені проблемні обставини, приховані сторони події злочину, чим специфічніше викладені проміжні факти, які служать розкриттю злочину.

Щодо питання, чи треба включати до криміналістичної характеристики відомості про ознаки злочинів кримінально-правового та кримінологічного характеру і чи не переобтяжуватиме це її зміст, то відповідь на нього залежить від

© Калужна О., 2008

придатності таких відомостей для оптимізації процесу розкриття та розслідування злочинів. Справедливими вбачаються аргументи І.Ф.Герасимова, В.А.Журавля, О.Н.Колесніченка, В.О.Коновалової, А.В.Старушкевича В.І.Шиканова, М.П.Яблокова, що включення до криміналістичної характеристики даних із кваліфікаційної або кримінологічної характеристики злочинів, які в тому числі мають і криміналістичне значення, не буде їх дублювати, оскільки у новій моделі вони виконують іншу, суттєво нову функцію і служать вирішенню криміналістичних завдань. Адже сама по собі інформація про ознаки злочину не може бути ні кримінологічною, ні кримінально-правовою, ні криміналістичною і т.п.. Таким є використання цієї інформації, тому одні і ті ж відомості про злочин можуть одночасно знаходитись у декількох галузевих характеристиках. Відомості з інших галузевих характеристик злочинів, які не мають значення для їх розслідування, недоцільно включати у криміналістичну характеристику. Зокрема, наприклад, відомості про суспільну небезпечність, поширеність злочинів в цілому необхідні для всебічної характеристики виду злочинів, орієнтування у перебігу розслідування, дозволяють відрізнити його від інших видів злочинів, а також можуть бути покладенні в обґрунтування доцільності розробки чи удосконалення криміналістичних характеристик відповідних видів злочинів, однак вони не є робочим інструментом для розкриття цих злочинів.

2. Науковою та методологічною основою розробки криміналістичних характеристик злочинів окремих видів є теорія відображення, теоретичні основи криміналістики, теорія інформації, логіка, психологія та інші науки.

3. Емпіричною базою їх розробки є різноманітні джерела інформації про злочинну діяльність певного виду. А.В.Старушкевич, проаналізувавши погляди науковців стосовно цього питання, пропонує для формування криміналістичних характеристик злочинів використовувати джерела інформації за такою класифікацією: 1) люди (працівники правоохоронних органів, експерти, підозрювані, обвинувачені, засуджені, потерпілі від злочинів); 2) документи (а) письмові (кримінальні справи, монографії, підручники і навчальні посібники, наукові праці, дисертації, автореферати дисертацій, періодичні видання, енциклопедії, довідники, аналітичні та реферативні огляди тощо), б) графічні (плани місцевості, де проводився обшук тощо), в) звукові, кіно-, фото- (додатки до протоколів слідчих дій), в) статистичні. Слідуючи меті формування якомога інформативніших криміналістичних характеристик злочинів, використання обох груп джерел інформації видається виправданим.

4. За походженням криміналістичні характеристики видів злочинів мають науковий характер, так як вони є результатом науково-дослідної діяльності і формуються на основі вивчення та аналізу джерел інформації про злочинну діяльність певного виду.

5. *За внутрішньою суттю* криміналістична характеристика злочинів – *це системне утворення, елементи якого перебувають у закономірних взаємозв'язках*. Думку, що у ній повинні знайти відображення зв'язки і взаємозалежності між окремими її елементами висловив ще Л.О.Сергєєв, розвинули Р.С.Бєлкін, О.Н.Колесніченко, В.О.Коновалова, М.О.Селіванов. Сьогодні це вже традиційний погляд, що криміналістичну характеристику злочинів складають знання про закономірності взаємодії і взаємозв'язків елементів (а не просто відомості про елементи), оскільки саме вони дозволяють більш ефективно розслідувати злочин.

6. Власне із системністю як властивістю криміналістичної характеристики пов'язується *її новизна як наукової категорії*. В.А.Журавель, О.Н.Колесніченко, В.О.Коновалова, А.В.Старушкевич обгрунтовують, що криміналістична характеристика – це принципово нова наукова категорія криміналістики, бо на початковому етапі розвитку криміналістичної методики коло елементів, за якими накопичувались емпіричні відомості, було досить обмеженим та нестійким, а відомості про них викладались непослідовно, розрізнено, не розглядались як система в плані закономірних зв'язків між ними. Застосування криміналістичної характеристики як інформаційної моделі дало змогу систематизувати ці відомості у вигляді послідовно розміщених елементів, що мають певні кореляційні зв'язки, і виробити якісно новий підхід до розробки методик розслідування. Натомість, на думку Р.С.Бєлкіна, В.В.Клочкова, ідея криміналістичної характеристики злочинів не нова, оскільки елементи, які до неї відносять, враховувались у окремих методиках і підкреслювалась їх роль для вибору напряму й організації розслідування ще до моменту її впровадження.

Ця дискусія, як видається, є дещо штучною. Звичайно, поява криміналістичної характеристики злочинів, як і поява будь-якого нового знання в науці, є результатом наступності накопиченого багажу знань, однак вона є принципово новою парадигмою дослідження криміналістичної сутності злочинної діяльності окремих видів, що дозволяє продовжити дослідження в даній галузі в новому ключі та у логічному зв'язку з попередніми досягненнями, підходами. Тому криміналістична характеристика злочинів не є простим перейменуванням традиційних для криміналістики даних про спосіб злочину. У ній зосереджені не просто дані про спосіб злочину, а відомості про виявлені закономірні зв'язки між ознаками способу та іншими елементами злочинної діяльності, передусім з ознаками злочинця, і саме відомості про ці взаємозв'язки зумовлюють побудову більшості версій. Криміналістична наука, вивчаючи передову практику розслідування злочинів, першочергову увагу завжди приділяла безпосередньо прийомам і методам розслідування, залишаючи дещо в стороні вивчення, принаймні систематизоване, самого феномену злочину. У цьому сенсі саме в криміналістичних характеристиках окремих видів злочинів на основі аналізу узагальнених відомостей про ознаки злочинів цих видів виявляються закономірності, що належать до предмета дослідження науки криміналістики.

7. Синтезуючи сучасні наукові розробки об'єкта і предмета криміналістики, щойно приведений висновок, а також погляди на криміналістичну характеристику злочинів В.Г.Гончаренка, Г.А.Кушніра, В.Л.Подпалого; В.Я.Колдіна, В.Г.Танасевича, В.О.Образцова, С.Н.Чурилова, М.П.Яблокова і багатьох інших науковців, можна окреслити чи не найважливіші, сутнісні її риси, які стосуються *її завдань, об'єкта та предмета дослідження*. Так, криміналістична характеристика виду злочинів *має завданням* давати цілісне системне уявлення про певний вид злочинної діяльності (*об'єкт криміналістики*), а саме: відомості, що у ній приводяться, повинні розкривати закономірності механізму злочинної діяльності і закономірності утворення при цьому джерел криміналістичної інформації (*предмет криміналістики*). Так, панівна багато років формула «від способу вчинення злочину до методу його розкриття» сьогодні видозмінюється і набуває нового змісту, який може сприяти

підвищенню ефективності криміналістичного забезпечення слідчої, експертної і судової практики і в рамках удосконаленої концепції «від знань про механізм злочину до засобів і методів встановлення події, що відбулася, особи злочинця і доказування його вини».

8. Щоб бути придатними для побудови версій, *видові та групові криміналістичні характеристики злочинів в силу їх специфіки повинні бути типовими*, тобто мають містити опис типових (з необхідністю повторюваних) ознак всіх структурних елементів та взаємозв'язків між ними. З одного боку, механізм вчинення будь-якого злочину унікальний та індивідуальний, тому очевидною є неможливість детальної характеристики усього розмаїття механізмів скоєння злочинів певного виду, для цього потрібно було б описувати кожний конкретно вчинений злочин зокрема. Водночас кожний одиничний злочин – це прояв однотипних подій, який характеризується наявністю не тільки індивідуальних, а й спільних, типових ознак, що дозволяє пізнати кримінальну сферу на рівні виду. Таке пізнання відбувається за допомогою переходу від одиничного до загального і пов'язане зі знанням їх причинно-наслідкових зв'язків. У механізмі одиничного злочину причинно-наслідкові зв'язки між його елементами носять індивідуальний характер, а у масі подібних злочинів ці взаємообумовленості набувають кількісну, статистичну стійкість. Отже, у криміналістичній характеристиці виду злочинів, потрібно відображати закономірно повторювані ознаки елементів злочинів даної категорії і взаємозв'язки між ними.

9. Криміналістична характеристика виду злочинів – *це вірогідна* модель подій злочинів. Закономірності механізмів виду злочинів і одиничного злочину несуть різнорівневі криміналістичні знання: перші відображають типове, а кожний знову вчинений злочин – це індивідуальне, яке в деяких випадках може й не мати аналогів у минулому. Розслідуючи конкретний злочин, слідчий має справу з індивідуальною подією, а відображені у типовій криміналістичній характеристиці закономірності вчинення аналогічних злочинів, проявляються у механізмі одиничного злочину з певним ступенем вірогідності, тобто не у всіх деталях і не з повною достовірністю. Те, що типове, – завжди є ймовірним з найвищим ступенем, але те, що є взагалі ймовірним, – не завжди типове. Тому узагальнені відомості про типові ознаки виду злочинів не є універсальним стовідсотковим засобом розкриття конкретного злочину. Отже, зведена у криміналістичній характеристиці виду злочинів інформація є отриманою на статистичному (вірогідному) рівні і відповідно в практичній роботі слідчого може використовуватись як орієнтуюча, як така, що має оперативно-тактичне значення і допомагає уявно відновити істинну картину події, що розслідується.

10. Криміналістичним характеристикам злочинів окремих видів має бути властива *динамічність,* оскільки їхній зміст є рухливим і повинен змінюватися чи поповнюватися новими відомостями залежно від кримінальної практики. Щоб успішно виконувати свої функції у розслідуванні, вони мають бути не лише типовими, а й своєчасними – відображати особливості певного виду злочинної діяльності, реальні для конкретного історичного періоду.

11. З*а формою* криміналістична характеристика злочинів уявляється у вигляді *інформаційної моделі*, у якій упорядковано зведена криміналістично значуща інформація про взаємопов'язані елементи, які становлять цілісне

утворення – модель злочинної діяльності певного виду. До слова, сьогодні все більше прихильників здобуває інформаційно-модельний підхід до поняття криміналістичної характеристики злочинів. На їхню думку, саме він забезпечить її системність, дозволить подолати критиковані її недоліки й убезпечить від включення до її структури зайвих кримінологічних і кримінально-правових даних, а також даних, що характеризують не саму злочинну діяльність як динамічний процес, а процес її розслідування. Розуміння криміналістичної характеристики як інформаційної моделі відображає нинішній розвиток науки і пов'язане із застосуванням до аналізу злочинної і криміналістичної діяльності системно-діяльнісного підходу, математико-кібернетичних, моделювання та інших методів пізнання.

Таким чином, виведені ознаки (умови формування) криміналістичних характеристик окремих видів злочинів дозволяють під *криміналістичною характеристикою злочинів* розуміти – *інформаційну модель злочинної діяльності певного виду (групи), яка системно-упорядковано відображає узагальнені відомості про типові криміналістично значущі ознаки її елементів та про закономірності її механізму, використовується для науково-емпіричного обґрунтування рекомендацій в окремих методиках та сприяє ефективному вирішенню безпосередніх завдань розкриття, розслідування, попередження конкретних злочинів.*

ГЕНЕЗИС ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗУПИНЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Кваснікевич Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Інститут зупинення провадження у кримінальному процесі має глибоке історичне коріння. На його становлення і розвиток впливали соціально-політичні та економічні зміни суспільства. Тому, аналізуючи природу цього інституту необхідно, перш за все, дослідити історію його становлення та розвитку.

2. Ще в договорах Київської Русі з Візантією (911 і 944 р.р.) встановлювалося, що у випадку втечі вбивці, все його майно передавалось родичам убитого. Якщо таке майно було відсутнє, то проводився розшук злочинця і при викритті каралося його на смерть. Цим самим вирішувався конфлікт, що міг мати місце у випадку, коли вбивця, який втік, уникнув кари. Це були зародки зупинення провадження у справі.

3. В XI ст. законодавчі акти Київської Русі під назвою «Руська Правда» також регулювали питання розшуку обвинувачених, що зникли та процесуально-правові відносини, які при цьому виникали. Це також має пряме відношення до зупинення провадження у карній справі. Передбачені «Правдою Ярославичів» і «Розширеною Правдою» «звід» і «гоніння сліду» за своєю природою регламентували діяльність, щодо розшуку злочинця, якого не затримано на місці події. Вони також встановлювали штрафні і компенсаційні виплати власнику викраденої речі (потерпілому) чи добросовісному набувачу у випадку, коли особу, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння не встановлено та не затримано.

4. Окремі положення «Руської Правди», які увійшли до Судебника 1497 р., застосовувались у Московській державі аж до XVI ст. Однак Судебник 1497 р., з точки зору юридичної техніки, був не досконалим документом. Проте, вказівки щодо затримання обвинувачених, щодо застосування тортур, щодо проведення загального обшуку – свідчать про те, що інститут зупинення провадження та розшуку судовими органами, в той час мав важливе значення у справах про особливо небезпечні злочини.

5. «Соборне Уложення» 1649 р. найбільш рельєфно виступає джерелом виникнення інституту зупинення провадження в кримінальному процесі. Відповідно до цього закону, всі особи, незалежно від їх стану і майнового становища, негайно віддавалися до суду після порушення проти них кримінальної справи. Проте, ст. 149 цього «Уложення» передбачала зупинення справи щодо осіб, які перебували на державній службі «в полках на окраїні або в інших місцях», а ст. 229 – щодо правопорушників, які переховувалися. Таким чином, згідно норм цього «Уложення», провадження у справі зупинялось не тільки у тих випадках, коли місцезнаходження обвинуваченого було відоме, але й тоді коли він переховувався.

Тож, вже у «Соборному Уложенні» 1649 р. була передбачена одна з підстав зупинення провадження у кримінальній справі, яка з часом, набувши досконалішої форми та змісту, була закріплена в сучасному кримінально-процесуальному законодавстві, а саме – коли місцезнаходження обвинуваченого невідоме (п. 1 ст. 206 КПК України).

© Кваснікевич Л., 2008

6. Відносини, пов'язані із зупиненням провадження у кримінальній справі, детальніше регулювалися Статутом кримінального судочинства Росії 1864 р. Цей акт містив спеціальну главу під назвою «Про справи, за якими обвинувачені ухилялись від суду», яка регламентувала повноваження судового слідчого, прокурора і суду щодо зупинення провадження у кримінальній справі і оголошення розшуку обвинуваченого. Кримінально-процесуальне законодавство того часу забороняло судовому слідчому зупиняти слідство у випадку, коли місцезнаходження обвинуваченого невідоме або коли підозрюваний у вчиненні злочину відсутній (ст.276 Статуту). На той час, питання про зупинення провадження у справі вирішувалося залежно від підсудності справи, – окружному судові чи судовій палаті за поданням слідчого, яке останній скеровував через прокурора.

Ст.ст. 846-852 цього Статуту передбачали, що у випадку, коли обвинувачений зник і його місцеперебування невідоме, суд за поданням судового слідчого, пропозицією прокурора або власною постановою, давав розпорядження про розшук обвинуваченого, шляхом публікацій у Сенатських оголошеннях та у Відомостях обох столиць (Москва і Санкт-Петербург) і місцевих губерній. Одночасно з оголошенням розшуку обвинуваченого приймалось розпорядження про взяття його маєтку в опікунське управління. Якщо протягом шести місяців після оголошення розшуку місцезнаходження обвинуваченого не було встановлено, тоді суд відкладав розгляд справи до явки обвинуваченого чи його затримання.

Ще однією підставою для зупинення провадження у кримінальній справі було «безумство, божевілля і припадок хвороби, який викликав цілковиту нестяму особи», при умові, що це настало після вчинення злочину.

Підстави зупинення провадження у кримінальній справі: коли місцезнаходження обвинуваченого невідоме та тяжке захворювання, що перешкоджало його участі в процесі, юристами тих часів іменувались «фактичними». У Статуті кримінального судочинства, крім «фактичних» були також «юридичні» підстави зупинення кримінального переслідування. До них відносилися питання, без розв'язання яких судовими та іншими органами вирішення кримінальної справи було неможливим.

До юридичних підстав зупинення провадження, частково належали:

1. Цивільна підстава. Ст. 27 Статуту визначала його так: «Якщо визначення злочинності діяння залежить від визначення у встановленому порядку майнових прав на нерухомість чи майнової неспроможності обвинуваченого, то переслідування кримінальним судом не порушувалося, а у випадку його порушення зупинялося до вирішення предмету спору цивільним судом.».
2. Духовна підстава. Згідно ст.ст. 1013-1015 Статуту, особу християнського віросповідання, яку звинувачують в багатожонстві і кровозмішуванні, віддаються до кримінального суду тільки після отримання висновку духовного суду.

Слід звернути увагу також і на те, що в кримінально-процесуальній літературі того часу питання щодо правомірності існування такого поняття як «юридичні підстави зупинення» досліджувалось недостатньо. (Ганкин К.Б.,

Черкесова Е.К.). З іншого боку, органи досудового розслідування нерідко стикалися із труднощами при притягненні до кримінальної відповідальності чиновників, суддів та інших осіб, без позбавлення недоторканності яких у встановленому законом порядку, неможливо продовжувати розслідування і це, як правило, призводило до зупинення провадження у справі.

7. У КПК УРСР 1922 р. з'явилась додаткова підстава зупинення провадження. Це – «хворобливий розлад психічного стану, який виник після вчинення злочину». Щодо такої підстави, як ухилення обвинуваченого від слідства і суду, то рішення про зупинення розслідування в цьому випадку міг прийняти виключно суд, за умови, що доведено умисне ухилення обвинуваченого від правосуддя. В тому разі, коли не було встановлено особу, яка підлягає притягненню як обвинувачений, то, як і раніше, кримінальна справа підлягала закриттю.

Наступним етапом на шляху розвитку інституту зупинення провадження у кримінальному процесі стало прийняття КПК УРСР 1927 р. В Кодексі зазначалося, що зупинення попереднього розслідування, а також його відновлення після того, як відпадуть обставини, які спричинили зупинення, проводяться прокурором. Крім того, передбачалося, що у випадку, коли місцеперебування обвинуваченого невідоме, попереднє слідство закінчувалося, про що слідчий складав постанову про закриття кримінальної справи. Відтак, коли не було встановлено особу, яка вчинила злочин, кримінальна справа взагалі закривалась, що суперечило завданням кримінального судочинства. Усі ці недоліки були враховані і виключені з наступного КПК УРСР.

8. Основна новела КПК УРСР 1960 р. (який зараз діє із змінами та доповненнями) полягає в тому, що законодавець відмовився від практики закриття кримінальних справ щодо нерозкритих злочинів, у випадку, коли особи, які їх вчинили залишились не викритими. Тепер такі справи, за умови закінчення строку розслідування і виконання усіх слідчих дій, що є можливими і необхідними за відсутності обвинуваченого, підлягають зупиненню (ст.206 КПК України). У КПК були також включені статті, які регламентують підстави і процесуальний порядок оголошення розшуку обвинуваченого (ст. 207 КПК України), заходи, які вживаються до встановлення особи, що вчинила злочин (ст. 209 КПК України), підстави і порядок відновлення досудового слідства (ст. 210 КПК України). Розвиток інституту зупинення кримінального процесу і зараз не стоїть на місці, законодавець намагається вдосконалити його регулювання. Про це свідчить доповнення внесене 14.12.2006 р. в ст. 206 КПК України про можливість зупинення судом слідчих дій на час розгляду скарги на постанову про порушення кримінальної справи.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА-ЗАХИСНИКА У ХОДІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Криміналістичне забезпечення діяльності адвоката-захисника у ході судового розгляду кримінальних справ – це система правових, наукових, організаційних заходів щодо розробки, запровадження й практичного використання адвокатами-захисниками криміналістичних засобів і наукових методів, за допомогою яких вони ефективно та швидко здійснюватимуть у ході судового розгляду кримінальних справ захист прав і законних інтересів підсудних (у контексті реалізації принципу змагальності у кримінальному судочинстві, також виправдано вести мову і про криміналістичне забезпечення діяльності судді (суду) під час розгляду й вирішення кримінальних справ, і про криміналістичне забезпечення діяльності прокурора – державного обвинувача у ході судового провадження у кримінальних справах).

Криміналістичне забезпечення діяльності адвоката-захисника у ході судового розгляду кримінальних справ охоплює декілька різнорівневих комплексів елементів: правове забезпечення, наукове забезпечення, організаційне забезпечення. Окрім цього до головних елементів цього забезпечення відносять тактику і методику захисту.

Наразі обмежимось з”ясуванням сутності лише окремих питань правового аспекта криміналістичного забезпечення діяльності адвоката-захисника.

Під правовим забезпеченням, як видається, виправдано розглядати правове урегулювання найважливіших питань застосування напрацювань криміналістики адвокатом-захисником у ході судового розгляду кримінальних справ. У цьому контексті особливо актуальним виступає пошук відповіді, принаймні, на таке принципово-визначальне запитання: чи правомірно вести мову про адвоката-захисника, як суб”єкта використання напрацювань криміналістики (криміналістичних знань) під час судового розгляду кримінальних справ ?

Видається, що відповідь на це запитання повинна бути позитивною, попри те, що частина науковців правників вважає за неприроднє як для криміналістики і морально неприпустимо у межах однієї науки одночасно напрацьовувати прийоми і методи перебороення протидії встановленню істини у кримінальних справах і прийоми та методи, які утруднюють це встановлення, слугуючи засобом протидії, особливо з боку недобросовісних адвокатів.

Спробуємо обгрунтувати свою позицію відштовхуючись від усучасненого розуміння предмета криміналістики. Зокрема того, що криміналістика – це наука не лише для розкриття і розслідування злочинів, а й наука про кримінально – процесуальне дослідження злочинів. І суб”єктами цього дослідження, першочергово, виступають, власне, професійні представники сторін змагального процесу.

© Когутич І., 2008

Безумовно, необхідно погодитись із наявною у криміналістичній науковій літературі тезою, що ніякої криміналістики „обвинувачення", як, зрештою, і „захисту" та „судової криміналістики" не існує, а має місце використання положень криміналістики захисником і обвинувачем, а також судом під час розгляду кримінальних справ. Це випливає з того, що наука криміналістика єдина, оскільки єдині закономірності, що нею вивчаються. У цьому контексті виправдано вести мову, хіба що, про декілька її підсистем, обумовлених головними функціями кримінального судочинства. Перша із цих підсистем вивчає ці закономірності з метою оптимізації кримінального переслідування, як процесуальної діяльності, здійснюваної професійними представниками сторони обвинувачення щодо викриття підозрюваного, обвинуваченого, а згодом і підсудного у вчиненні злочину. Друга – оптимізації діяльності щодо професійного захисту від кримінального переслідування. Третя підсистема криміналістики вивчає ту частину закономірностей, що стосуються діяльності безпосередньо суду (судді) під час розгляду й вирішення кримінальних справ за суттю, і у першу чергу, у ході судового слідства.

Щоб вже до цього не повертатись, зазначимо також, що у вищенаведених тезах немає жодних протиріч і з позицією щодо співвідношення криміналістики та теорії судових доказів. Згідно з цією позицією обидві ці наукові дисципліни вивчають єдині закономірності, але кожна для вирішення своїх безпосередніх завдань. Те, що на сьогодні теорії професійного захисту у кримінальних справах як самостійної науки не існує, а також – що її не існує і в рамках теоріїї судових доказів, ще раз переконує у правильності позиції щодо приналежності теорії професійного захисту до криміналістики (це аж ніяк не заперечує у майбутньому можливості виокремлення теорії професійного захисту в окрему галузь наукових знань, як це, можливо, відбудеться і щодо судової експертології). Як відомо, це звичний шлях виникнення нових наук. Філософи у зв"язку з цим резонно вважають, що процес формування наукових дисциплін обумовлений конкретним історичним характером; тривалий час система знань розвивається всередині певної науки, а потім її зв"язки з іншими теоретичними системами, що утворюють її, стають слабкішими і вона сама внутрішньо розростається, напрацьовується своя мова і метод, і в такий спосіб, вона трансформується у самостійну сферу знань, отримуючи свою назву.

Безумовно необхідно відзначити, що унаслідок нормативно окреслених функцій кримінального судочинства завдання представників обвинувачення і захисту, як правило, є діаметрально протилежними. У зв"язку з цим опоненти розгляду тактики і методики професійного захисту у надрах науки криміналістики запитують, чи виправдано, і перш за все, з урахуванням моральних принципів, у межах однієї науки розробляти рекомендації, одні з яких покликані допомогти у викритті злочинця, інші – звільнити його від відповідальності за вчинене або мінімізувати покарання ?

Тут необхідно погодитись із тими науковцями, які вважають що, у вищенаведеній тезі не існує жодного теоретичного протиріччя, а тим паче, порушення моральних принципів. Поле цих видів діяльності, об"єкт відповідних наукових пошуків єдині, ними виступає кримінально-процесуальне дослідження злочинів. Аналогічна ситуація і в інших науках. Для прикладу можна звернутись до термінологій визначень усього декількох наук, як то: фізика – наука, що

вивчає загальні властивості та закони руху речовини й фізичних полів як різних форм існування метерії. У відповідності до багатоманітності досліджуваних нею форм матерії та її руху Фізика поділяється на Фізику елементарних частин, атомних ядер, молекул, твердого тіла, плазми і т.д. (як видається, тверде тіло і плазма – різні стани матерії, так само, як обвинувачення і захист – різні стани кримінально-процесуального дослідження злочинів).

Хімія – наука, що вивчає склад, будову, перетворення та властивості речовин. У сучасній хімії її сфери – неорганічна хімія, органічна хімія, фізична хімія.

Погодьмось, що спеціалісти, які вивчають тверде тіло або плазму, залишаються фізиками, а ті, що вивчають органічну хімію чи хімію неорганічну – хіміками. Так і спеціалісти, як ті, що вивчають кримінальне переслідування, так і ті, що вивчають діяльність щодо захисту від нього у контексті досягнення єдиної для всіх мети кримінального судочинства – встановлення об’єктивної істини у кримінальній справі – залишаються криміналістами.

Обвинувачення (як форма кримінального переслідування) і захист – поняття співвідносні, взаємообумовлені. Якщо у справі бере участь досвідчений юрист (слідчий, прокурор), то і протистояти має захисник, який володіє високими професійними і моральними якостями, адже йому опонує державний слідчий апарат.

Захищаючи законні права й інтереси громадян, адвокат застерігає суд і органи досудового розслідування від порушень закону. Такими своїми діями захист зміцнює законність, стимулює сторону обвинувачення до прийняття процесуальних рішень у відповідності до вимог закону. Певною мірою діяльність адвоката не лише не суперечить владним повноваженням слідчого, прокурора, суду, а сприяє тому, що їхні процесуальні рішення прийматимуть відповідно до закону. Без правової охорони жодна законна діяльність неможлива або буде без сенсу. Саме це сприяє тому, що заходи процесуального примусу чи будь-які інші дії та рішення уповноважених законом здійснювати судочинство у кримінальних справах осіб перестають бути свавіллям, вони сприймаються як законні й справедливі. Справедливість тільки тоді буде існувати, якщо особа, що піддана примусу, буде усвідомлювати, що підстави до того вона дала своїми діями, а не бачити у примусі сліпу руку, що падає тяжко на неї без усякого з її боку приводу.

УЧАСТЬ ПРОКУРОРА В ДОКАЗУВАННІ В КОНТРОЛЬНИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ

Котик З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законодавчо визначеною гарантією правосуддя є можливість перевірки законності та обґрунтованості вироків вищими судовими інстанціями. Прокурор, як суб'єкт кримінального процесу, бере участь у доказуванні в апеляційному, касаційному і виключному провадженні, де його діяльність характеризується відповідними особливостями.

Відомо, що за загальним правилом апеляція – це перегляд вищою інстанцією судового рішення, яке не набрало законної сили. Фактично це ще один розгляд справи по суті. В юридичній літературі прокурор традиційно розглядається як активний суб'єкт у стадії апеляційної перевірки законності та обґрунтованості судових постанов (вироків, ухвал, постанов).

Проект КПК України, на відміну від діючого КПК України, вирішує цю проблему шляхом надання права подавати апеляцію "прокурору", без уточнення якому саме прокурору (ст. 528 проекту). З огляду на передбачені діючим КПК України повноваження прокурора в розглядуваній стадії кримінального процесу, вважаємо, що прокурор в стадії апеляційного провадження виконує функцію обвинувачення, оскільки захищає свої переконання щодо винності обвинуваченого, які доводились ним на підставі фактичних доказів в суді першої інстанції, або доводить наявність підстав, що тягнуть відміну чи зміну вироку. Крім того, в силу статті 25 КПК України, в цій стадії прокурор виконує також функцію нагляду, адже прокурор зобов'язаний в усіх стадіях кримінального судочинства своєчасно вживати передбачених законом заходів до усунення всяких порушень закону, від кого б ці порушення не виходили.

Що стосується суті касаційного провадження, то її переважно вбачають в тому, що вищестоящий суд тут розглядає вже вирішену справу не по суті, а лише з формальної сторони, і його завданням є відповісти на одне запитання: чи не допустив суд першої інстанції при розгляді справи формального порушення закону. Прокурору касаційне провадження дає можливість, як стороні у змагальному процесі, реагувати на неправосудне, на його погляд, судове рішення.

Необхідно звернути увагу на те, що основні ознаки касаційного провадження впливають і на процес доказування, здійснюваний прокурором під час касаційного перегляду судових рішень. На думку більшості вчених в касаційному провадженні знаходять своє вираження всі елементи процесу доказування – збір, перевірка і оцінка . Безперечним учасником касаційного перегляду, а відповідно, і доказування, є прокурор. Визначаючи функції, які прокурор здійснює в розглядуваній стадії думки науковців розходяться. Так, одні переконані, що прокурор в стадії касаційного провадження здійснює функції нагляду і обвинувачення (Полянский Н.Н., Гродзинский М.М.), з чим ми повністю погоджуємось, другі вважають, що прокурор в цій стадії є обвинувачем

© Котик З., 2008

(Познанский В.А., Куцова Э.Ф., Калашникова Н.Я.), а треті, – що прокурор виступає органом нагляду за виконанням законів (Перлов И.Д., Савицкий В.М., Строгович М.С., Обозянский Ю.П.).

Прокурор в касаційному порядку оскаржує незаконні та необґрунтовані судові рішення шляхом підтримання внесеного ним подання. На практиці кількість випадків внесення прокурором подання зустрічаються значно рідше, ніж надходження касаційних скарг. Це свідчить про те, що прокурори переважно задоволені рішеннями судів першої інстанції, вважаючи завдання, поставлені перед прокуратурою виконаними.

У випадку внесення прокурором касаційного подання або отримання копії касаційної скарги протилежної сторони, він повинен підготуватись до майбутнього розгляду кримінальної справи, перевіривши і оцінивши в матеріалах справи докази з ціллю обґрунтування своїх доводів або спростування доводів сторони захисту. Якщо у прокурора є додаткові докази, то він повинен представити їх в суд і клопотати про їх долучення до матеріалів справи, але додаткові матеріали не можуть бути отримані шляхом проведення слідчих дій.

Варто зазначити, що на оцінку доказів прокурором впливають особливості касаційного провадження, зокрема його завдання і обсяг перевірки справи. Прокурором в розглядуваній стадії докази оцінюються з точки зору відносності, допустимості і достатності доказів, а достовірність доказів тут не повинна встановлюватись.

В юридичних джерелах науковцями та практиками висловлюються різного роду побажання щодо вдосконалення апеляційного та касаційного провадження. Так, зокрема, І. Вернидубов пропонує у зв’язку з тим, що судова практика настійно вимагає розширення прав (повноважень) суду касаційної інстанції, у новому КПК України здійснити це, перетворивши касацію в апеляційно-касаційну інстанцію. О.О. Левендаренко переконаний, що неповне дослідження в ході досудового слідства та судового розгляду обставин, передбачених ст. 433 КПК України, повинно стати підставою до скасування або зміни вироку в апеляційному та касаційному порядку.

В. Лобач стверджує, що зміст ч. 2 ст. 383 КПК України не виключає можливість перегляду в касаційному порядку судових рішень – постанов місцевих судів та ухвал апеляційної інстанції про повернення кримінальних справ на додаткове розслідування, а також ухвал апеляційної інстанції про повернення кримінальних справ на новий судовий розгляд до суду першої інстанції. Зважаючи на наявність неоднозначного застосування цієї норми, на його думку, є потреба у наданні Конституційним Судом України її офіційного тлумачення і на майбутнє це питання потрібно врегулювати законодавчо у новому КПК України. Думаємо наведені пропозиції заслуговують на увагу, але потребують доопрацювання.

Слід відмітити, що поряд із значними обсягами розгляду кримінальних справ апеляційною та касаційною інстанціями досить дієвим є перегляд судових рішень, які вступили в силу, за нововиявленими обставинами.

В цілому доказова діяльність прокурора в стадії виключного провадження аналогічна його діяльності в апеляційному та касаційному провадженні. Їй властиві всі елементи доказування – збір, перевірка та оцінка доказів.

Прокурор у всіх випадках, коли йому стануть відомі нові обставини в справі, зобов'язаний особисто або через органи дізнання чи слідчих провести необхідне розслідування цих обставин. Про призначення розслідування нововиявлених обставин виноситься постанова, і розслідування провадиться за правилами, встановленими КПК України для проведення досудового слідства.

Ю. Ігнатенко звертає увагу, що в порядку виключного провадження з підстав неправильного застосування кримінального закону та істотного порушення вимог кримінально-процесуального закону (п. 2 ч. 1 ст. 400^4 КПК України) не передбачено право на витребування справ, і яким чином прокурори в такому випадку мають застосовувати останнє положення, глава 32 КПК України взагалі не передбачає. Це на його думку – очевидна прогалина в законодавстві, яка має бути усунута. Прокурор має право витребувати справу із суду лише в зв'язку з виникненням нововиявлених обставин (ст. 400^8 КПК України).

Ю. Ігнатенко пропонує внести зміни до КПК України, якими передбачити: право прокурора вищого рівня на зміни та доповнення до апеляційного подання підлеглих прокурорів незалежно від їхніх позицій у судовому засіданні; право прокурорів вищого рівня на витребування з судів кримінальних справ, які набрали чинності, в касаційному та виключному порядку, а також певні категорії справ для вивчення прокурорсько-судової практики застосування закону. До касаційного подання або клопотання в порядку виключного провадження долучати не копії вироків (постанов), а справи. Проте в Концепції реформування прокуратури України пропонується навпаки обмежити непроцесуальні повноваження прокурорів вищого рівня стосовно підпорядкованих для реального забезпечення об'єктивного і неупередженого вирішення покладених на останніх завдань , з чим ми більше схильні погодитись.

З огляду на вищесказане варто зазначити, що прокурор в стадії виключного провадження, як і в стадіях апеляційного та касаційного провадження виконує функцію обвинувачення та функцію нагляду. Однак законодавче врегулювання участі прокурора в доказуванні в контрольних стадіях кримінального процесу не можна визнати достатнім. Думаємо, що в новому КПК України доцільно детально виписати всі процесуальні неузгодженості, які існують в розглядуваних стадіях. Зокрема, більш конкретно повинні прослідковуватись всі допустимі дії прокурора по здійсненню доказування в контрольних стадіях та наслідки як вчинення цих дій так і наслідки їх не вчинення.

Прокурор як суб'єкт доказування в кримінальному процесі України повинен бути наділений всіма процесуальними можливостями для вчинення ним дій спрямованих на виявлення складу злочину, доведення винності особи, яка скоїла злочин, та винесення судами всіх інстанцій справедливого рішення по справі.

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ ЗА УЧАСТЮ БЕЗПОМІЧНИХ ПОТЕРПІЛИХ

Лідовець Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Найважливішою стадією кримінального процесу в частині охорони прав та законних інтересів осіб, які беруть участь у ньому, є стадія судового розгляду. У цій стадії суд досліджує та оцінює докази, що наявні у справі, остаточно оцінює всі суттєві обставини справи (обставини предмета доказування), постановляє вирок про винуватість чи невинуватість підсудного. Водночас суд вирішує питання про захист прав та законних інтересів потерпілого, який чи не найбільше зацікавлений у винесенні справедливого вироку.

У розгляді і вирішенні справи по суті суттєве значення може мати той факт, що потерпіла особа перебуває у безпорадному стані, в силу якого вона не здатна у повній мірі розуміти своє процесуальне становище чи самостійно здійснювати захист своїх прав та законних інтересів всіма способами і засобами, передбаченими законом. Вважаємо, що ще на стадії попереднього розгляду кримінальної справи суд повинен вирішити низку важливих питань, аби забезпечити в подальшому належний розгляд справи за участю безпомічного потерпілого. Зокрема, орган правосуддя повинен з'ясувати чи перебуває потерпілий у безпорадному стані і якими матеріалами справи підтверджується цей факт. Також суд повинен встановити чи були допущені законні представники до справи (п.10 ст.32, ст. 49 КПК); вирішити питання про обов'язкове залучення представника-адвоката, якщо його не було залучено ще при провадженні досудового розслідування; забезпечити виклик та явку перекладача у судове засідання, коли потерпілий страждає на хвороби з вадами слуху (128 КПК), а також спеціалістів, необхідних для проведення слідчих дій за участю безпомічних потерпілих (ст. 168 КПК).

2. Однією з важливих гарантій забезпечення прав та інтересів безпомічного потерпілого є участь представника у судовому розгляді справи. У кримінальному процесі розмежовують представництво за законом – законні представники (п. 10 ст. 31 КПК) та договірне представництво – представник-адвокат. Чинне процесуальне законодавство, на жаль, не містить жодної вказівки про представника безпомічної потерпілої особи. В літературі висловлюються пропозиції про обов'язкову участь представника потерпілого, коли він є неповнолітнім, не володіє мовою, якою ведеться судочинство, або в силу фізичних чи психічних причин не може самостійно відстоювати свої права та інтереси (Дубривний В.А., Тихонов А, Кожевніков А.В. та ін.). При цьому переважно зазначається про процесуально недієздатних потерпілих. Вважаємо за доцільне розширити перелік таких осіб потерпілими, які є обмежено дієздатними (неповнолітні віком від 14 до 18 років, особи з різними хворобами та функціональними розладами, що істотно впливають на здатність самостійно здійснювати захист своїх прав) для забезпечення «повноцінного» використання усіх засобів захисту їх прав.

© Лідовець Т., 2008

3. Кваліфіковану правову допомогу безпомічному потерпілому у судовому процесі може надавати лише представник-адвокат. При цьому, він, як і законний представник, користується процесуальними правами потерпілого (ч.1,3 ст.52 КПК), крім, зрозуміло, права давати показання. Його участь, як і участь законного представника, на наш погляд, повинна бути вирішена ще на досудовому слідстві при прийнятті постанови про визнання безпомічної особи потерпілою. Якщо мало місце в ході розслідування справи порушення вимог законодавства щодо участі законного представника, це, своєю чергою, загрожує визнанням доказів, отриманих в результаті слідчих дій, неналежними (ст. 67 КПК). Що ж стосується представника-адвоката, за відсутності прийнятого рішення органами розслідування про його вступ у справу, вважаємо, що суд повинен прийняти це рішення в порядку вирішення питань, пов'язаних з підготовкою справи до розгляду (ст. 253 КПК). Дотримуючись принципу гуманності, законодавцю слід передбачити також випадок призначення представника-адвоката для безпомічного потерпілого за рахунок коштів державного бюджету, коли сам потерпілий не зробив цього чи не здатен оплатити його послуги. За таких умов можна говорити про надійні гарантії захисту прав та інтересів таких потерпілих і забезпечення процесуальної рівноправності двох важливих учасників змагального процесу: підсудного і потерпілого (ст. 261 КПК). Інакше складається парадоксальна ситуація: підсудному з фізичними чи психічними вадами гарантується правова допомога (ст. 45 КПК), проте, будучи вже в статусі потерпілого, ця ж сама особа вже позбавлена такої гарантії у кримінальному судочинстві.

4. У судовому розгляді справи за участю безпомічного потерпілого, який має вади зі слухом, суд запрошує перекладача (ст.270 КПК). У слідчій і судовій практиці мають місце випадки, коли вказані потерпілі не розуміють жесто-мімічну і дактильну мову. У такому випадку слід запрошувати в якості перекладача осіб, які перебувають з ними у постійному контакті, або запрошувати спеціалістів, які знають їх психологію. При цьому потерпілому слід надати першочергову можливість самому обирати перекладача, якому він повністю може довіряти, який його повністю розуміє і з яким йому легко спілкуватися. Це дозволить подолати притаманні для осіб з вадами слуху недовірливість, підозрілість, допоможе встановити з ними психологічний контакт. Вважаємо за доцільне, також залучати у судовий розгляд справи перекладача, який брав участь на досудовому слідстві, оскільки вони вже знають особливості мімічної мови даної особи, її здібності у володінні розмовною мовою. Такою вимогою слід керуватися і при запрошенні спеціалістів для проведення судових слідчих дій, зокрема сурдопсихологів (сурдопедагогів) для осіб з вадами слуху, тифлопсихологів (тифлопедагогів) – для осіб з вадами зору; психологів (педагогів) – для розумово відсталих та малолітніх осіб; психіатрів для осіб, що страждають психічними захворюваннями; лікарів – для осіб, що страждають тяжкими соматичними захворюваннями, перебувають у тяжкому стані в результаті заподіяних тілесних ушкоджень та ін.

5. Неявка у судове засідання законних представників, представника-адвоката, перекладача та відповідних спеціалістів, коли участь їх є обов'язковою, повинно мати своїм правовим наслідком відкладення слухання справи чи прийняття рішення судом про заміну таких осіб в порядку, передбаченого

законом. Останнє повинно прийматися особливо виважено, враховуючи специфіку розгляду такої категорії справ. Неявка безпомічного потерпілого не перешкоджатиме розгляду справи за його відсутності, окрім випадків, коли з'ясування обставин справи і захист його законних інтересів неможливе без безпосередньої участі потерпілого. Коли до потерпілого застосовані заходи безпеки, або з метою запобігання негативного впливу на процес протікання психічних захворювань, суд, вважаючи за необхідне, може звільнити від обов'язку з'являтися у судове засідання за умови наявного письмово підтвердження показань, даних ним раніше.

6. Судовий процес, в якому бере участь потерпіла особа, що перебуває у безпорадному стані, на нашу думку підлягає обов'язковому повному фіксуванню за допомогою технічних засобів. У разі, коли жодна із сторін справи не пред'явила вимогу про проведення такого запису, ініціатива повинна виходи від суду. Проте, на нашу думку, не слід обмежуватися лише аудіозаписувальними технічними засобами. Тим паче, що вимога конституційного припису п.7 ч.3 ст.129 Конституції про повне фіксування розгляду справи в суді першої інстанції (чи в апеляційному суді у разі проведення ним судового слідства) передбачає використання технічних засобів, у тому числі, мова ведеться і про відео засоби, користь від використання яких очевидна у справах за участю безпомічних осіб. А для потерпілих, які перебувають у безпорадному стані, таким чином надається ще одна додаткова гарантія у здійсненні захисту їх прав та законних інтересів, як і при розгляді справи судом першої, так і апеляційної інстанції.

ПОВЕРНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРОКУРОРУ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ТА ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ

Луцик В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально – процесуальним кодексом України встановлено диференціацію стосовно розслідування та розгляду справ стосовно неповнолітніх та неосудних або обмежено осудних осіб. Така диференціація обумовлюється особливостями розгляду даних категорій справ, а саме враховується особа, що вчинила суспільно – небезпечне діяння, зокрема, при розгляді справ про застосування примусових заходів медичного характеру, перед судом постають люди зі специфічним індивідуальним сприйняттям дійсності, в яких порушені інтелектуальні або емоційно – вольові якості, що перешкоджає їм повністю усвідомлювати події, що відбуваються.

Відповідно до ч.3 ст. 417 КПК України після закінчення досудового слідства, якщо буде встановлено неосудність або обмежену осудність особи, що вчинила суспільно небезпечне діяння, складається постанова про направлення справи до суду для вирішення питання про застосування примусових заходів медичного характеру. Дана постанова повинна бути затверджена прокурором, а відповідно до ч.1 ст. 419 КПК України, справи, що надійшли до суду від прокурора, суддя, якщо погодиться з постановою слідчого, вносить безпосередньо в судове засідання.

Однак, законодавець в ч. 1 ст. 419 КПК України чітко не встановлює процесуальний порядок дій та рішень суду у випадку його незгоди з постановою слідчого про застосування примусових заходів медичного характеру. **На нашу думку, незгода судді із даною постановою може полягати лише у недотриманні вимог процесуальної форми слідчим при складанні цієї постанови.** В усіх інших випадках суддя зобов’язаний внести справу безпосередньо в судове засідання і приймати процесуальні рішення передбачені ст. 421 КПК України, а саме винести постанову про:

- застосування примусових заходів медичного характеру;
- направлення справи для проведення досудового розслідування;
- закриття справи.

В зв’язку з цим, важко погодитись з положенням закріпленим в абз. 2. п. 2 Постанови Пленуму Верховного суду України “Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування”, згідно з яким, якщо при проведенні досудового слідства не були з достатньою повнотою з'ясовані всі обставини, що мають істотне значення для правильного вирішення справи, і цю прогалину неможливо усунути в судовому засіданні, суд зобов'язаний повернути кримінальну справу на додаткове розслідування у порядку, передбаченому в ст. 281 Кримінально-процесуального кодексу України.

© Луцик В., 2008

Оскільки, відповідно до ст. 419 ч. 1 КПК України справи даної категорії суддя, якщо погодиться з постановою слідчого вносить безпосередньо у судове засідання, то відповідно одноособове рішення суду про направлення справи на додаткове розслідування, буде порушувати принцип змагальності судового розгляду, покладати на суд не властиві йому обвинувальні функції по пошуку нових доказів винуватості особи, що вчинила суспільно – небезпечне діяння, а також створювати додаткові переваги стороні обвинувачення. Крім того, слід врахувати, що ст. 281 КПК України, міститься у Главі 24 "Загальні положення судового розгляду", і передбачає повернення справи на додаткове розслідування саме з стадії судового розгляду, а тому, на нашу думку, повернення справи на додаткове розслідування при розгляді справ про застосування примусових заходів медичного характеру можливе, лише під час судового розгляду та за наявності обґрунтованого клопотання прокурора чи захисника про повернення справи на додаткове розслідування.

Також, слід з'ясувати, при наявності, яких саме порушень допущених при складанні постанови про застосування примусових заходів медичного характеру, справа підлягає поверненню прокурору.

Відповідно до ч.1 ст. 418 КПК України, одержавши справу, прокурор погодившись з постановою, затверджує її і надсилає справу до суду, а отже не затвердження прокурором постанови про застосування примусових заходів медичного характеру, є безумовною підставою повернення справи прокурору. Такою ж підставою є не підписання слідчим вказаної постанови.

В постанові про застосування примусових заходів медичного характеру повинні бути викладені всі обставини, які підтверджують вчинення цією особою суспільно небезпечного діяння, а також дані, які підтверджують, що ця особа захворіла на психічну хворобу. В зв'язку з цим, якщо в постанові відсутні дані про обставини вчиненого діяння, особу, яка його вчинила, а також посилання на висновок експерта про неосудність або обмежену осудність особи, однак в матеріалах кримінальної справи такі дані наявні, справу слід повернути прокурору, для вжиття заходів по складанню нової постанови та повторного направлення справи в суд.

В зв'язку з вищенаведеним, вважаємо за необхідне викласти ч. 1 ст. 419 КПК України в наступній редакції:

Справи, що надійшли до суду від прокурора в порядку ст. 418 цього кодексу, суддя, якщо погодиться із постановою слідчого, вносить безпосередньо у судове засідання. У разі незгоди із постановою слідчого, суддя мотивованою постановою повертає справу прокурору для усунення виявлених недоліків.

Ще однією формою диференціації кримінальної відповідальності є застосуванню примусових заходів виховного характеру. Відповідно до ч. 2 ст. 447 КПК України, справу, що надійшла до суду від прокурора в порядку, передбаченому статтею 7^3 або 9 КПК України, народний суддя або голова суду, якщо він згоден з рішенням, прийнятим слідчим або прокурором, призначає до розгляду в судовому засіданні у строк не пізніше десяти днів, а в разі незгоди — **повертає прокурору мотивованою постановою**.

Судова практика, тлумачить дану норму таким чином, що повернення справи в даному випадку можливе, як на додаткове розслідування так і прокурору. Зокрема, п. 13 абз. 4 Постанови Пленуму Верховного суду України

“Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру” роз’яснює, що у разі незгоди судді з таким рішенням слідчого або прокурора, а так само у разі виявлення порушень вимог КПК, без усунення яких справа не може бути призначена до судового розгляду, або порушення права неповнолітнього на захист, або неповноти чи неправильності досудового слідства, які не можуть бути усунуті в судовому засіданні, суддя мотивованою постановою з додержанням вимог, передбачених статтями 246 і 281 КПК, має повернути справу прокуророві для усунення цих порушень чи для проведення додаткового розслідування.

Проте, надаючи роз'яснення даної правової норми суд все таки акцентує увагу саме на поверненні справи на додаткове розслідування, оскільки статті 246 і 281 КПК України регулюють саме порядок направлення справи на додаткове розслідування, чим необґрунтовано обмежується сфера застосування інституту повернення кримінальної справи прокурору.

В зв'язку з цим слід з'ясувати в яких саме випадках можливе повернення кримінальної справи прокурору. Відповідно до ч.1 ст. 9 КПК України, прокурор, а також слідчий за згодою прокурора, виносять мотивовану постанову про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності. Однак, кримінально – процесуальним законом не встановлено форми такої постанови, а також переліку відомостей, які повинні в ній міститись.

На нашу думку, в даній постанові повинні бути обов’язково викладенні обставини, що входять в предмет доказування по справах про злочини вчинені неповнолітніми, а також підстави застосування примусових заходів виховного характеру. В такому випадку підставою повернення кримінальної справи прокурору буде невідповідність постанови про застосування примусових заходів виховного характеру встановленим процесуальним вимогам, при умові, що ці недоліки можуть бути усуненні шляхом складання нової постанови.

Крім того, підставами повернення кримінальної справи прокурору в даному випадку будуть:

- не затвердження постанови прокурором або не підписання її слідчим;
- відсутність списку осіб, які підлягають виклику до суду.

На підставі вищевикладеного, можна прийти до висновку, що повернення кримінальної справи прокурору в процесі розгляду справ про застосування примусових заходів медичного та виховного характеру буде сприяти швидкому розгляду кримінальних справ, встановленню додаткових гарантій забезпечення прав неповнолітніх та неосудних або обмежено осудних осіб.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗАСОБІВ У ПРОЦЕСІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ.

Мурадов В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Оновлення кримінально-процесуального законодавства ставить перед органами судової влади і правоохоронними органами держави нові завдання а також обумовлює необхідність пошуку нових рішень в рамках реформування судової системи. Поряд із цим останнім часом спостерігається швидкий розвиток науки і техніки, що сприяє проникненню новітніх досягнень науково-технічного прогресу в усі сфери діяльності, в тому числі в роботу органів судової влади і правоохоронних органів. На сьогоднішній день важко уявити об'єктивний судовий розгляд кримінальних справ та успішне розслідування і розкриття злочинів без широкого та ефективного застосування різноманітних технічних засобів та спеціальних методик. Це обумовлене такими чинниками, як високий рівень розвитку криміналістичної науки, наявність у правоохоронних органів необхідних техніко-криміналістичних засобів, велика кількість вищих учбових закладів юридичного профілю та належний рівень підготовки оперативних працівників, слідчих, суддів, спеціалістів. Однак є ряд проблемних питань, щодо яких немає єдності у поглядах вчених і практичних працівників. Одне з них різне тлумачення сутності технічних засобів, їх суперечлива класифікація, відсутність комплексного дослідження цих проблем. Одним із проблемних питань, на наш погляд, виступає поняття техніко-криміналістичного засобу. Термін цей є порівняно новим для криміналістики, і його зміст трактується по-різному. Неоднозначними є підходи щодо співвідношення цього терміну із смисловим навантаженням визначення науково-технічного засобу.

Термін з'явився у 80-х роках минулого сторіччя. Автором терміну ТКЗ є Р.С. Бєлкін, котрий виступив з пропозицією замінити ним термін "науково-технічний засіб". Останнє поняття охоплювало будь-які засоби і методи, що використовуються у криміналістичних цілях. Відзначаючи правомірність визначення поняття науково-технічних засобів, (у вузькому розумінні це обладнання, апарати, прилади, а в широкому – це ще й прийоми, способи, методи та правила їх застосування), М.О.Селіванов підкреслює, що сутність термінів "прийом", "спосіб", та "метод" нерівнозначна сутності терміну "засоби" і з метою уніфікації термінології пропонує обмежитись поняттям техніко-криміналістичного засобу. Обґрунтовує він це тим, що термін науково-технічні засоби не відображає специфічної криміналістичної мети його застосування та надмірно претензійний, оскільки ряд засобів не можна назвати науковим (наприклад, молоток для простукування стін, щуп, валик для розкатування фарби при дактилоскопуванні).

З.І. Кірсанов вважає, що критеріями, що дозволять розмежувати криміналістичні та науково-технічні методи та засоби, можуть слугувати цільове призначення та методологічні принципи, на основі котрих вони розроблені та використовуються. Він також стверджує, що не належатьдо криміналістичних такі загально-технічні засоби, як фото- та кіно апаратура, магнітофон і т.д. В.Г.

© Мурадов В., 2008

Коломацький називає техніко-криміналістичними засобами пошукові та дослідницькі прилади та їх мобільні і стаціонарні комплекси, спеціальні криміналістичні матеріали та технології роботи з ними .

П.С. Елькінд вважає, що на відміну від техніко-криміналістичних, науково-технічні засоби можуть виступати ще й самі по собі у формі кримінально-судових доказів (наприклад, речових, документів). Г.І. Грамович з цього приводу зауважує, що таке розмежування для практичної діяльності правоохоронних органів значення не має, а у теоретичному аспекті може призвести до плутанини. Відтак, змішуються науково-технічні засоби та результати їх застосування.

В умовах сьогодення завдяки стрімкому розвитку технологій, зокрема, інформаційних, науково-технічні засоби зазнають постійних вдосконалень та якісних перетворень. І тому закономірно постає питання, чи відповідають вони зараз тим характеристикам, які властиві їм раніше? Автори ряду підручників з криміналістики виходять при визначенні техніко-криміналістичних засобів з їх класифікації за походженням і розуміють під ними технічні засоби, спеціально створені для криміналістичних цілей чи пристосовані для цього шляхом змін загально-технічні засоби. Дещо інше визначення можна знайти у одному з криміналістичних словників. Відтак це пристрій, прилад чи матеріал, що використовується для збирання та дослідження доказів чи для створення умов, що ускладнюють вчинення злочину. До того ж автори словника пропонують поділ таких засобів на три групи: 1) спеціально виготовлені для вирішення криміналістичних завдань; 2) пристосовані для цих цілей; 3) універсальні чи загальнотехнічні, що використовуються без змін. Фактично дане визначення відтворює позицію М.О.Селіванова щодо цього питання. А подана у словнику класифікація відповідає здійсненій А.І.Вінбергом та В.П. Колмаковим. Інші автори надають перевагу лише загальному описанню таких засобів, тобто визначаючи поняття, описують лише значення техніко-криміналістичних засобів, зокрема підвищення результативності слідчих дій; виявлення невидимих та маловидимих об'єктів, мікрооб'єктів; фіксація обстановки; отримання більш чіткого уявлення про характер та спосіб вчинення злочину. В даному випадку важко погодитись з авторами такого підходу через те, що сам по собі розгляд техніко-криміналістичних засобів без чіткого визначення їх поняття, а відтак без критеріїв розмежування з іншими засобами не видається можливим.

Отже з аналізу викладеного можна зробити висновок, що на даний момент серед науковців немає єдності підходів щодо визначення техніко-криміналістичних засобів, чітких критеріїв класифікації і відмежування їх від інших засобів.

Також необхідно зазначити, що в сучасних умовах спостерігається постійне розширення класифікаційних груп техніко-криміналістичних засобів. Частково це відбувається в зв’язку із створенням нових засобів, але найчастіше за рахунок невиправданого віднесення до техніко-криміналістичних засобів інших засобів загальної техніки.

При цьому окремі автори, з одного боку наголошують саме на науково-технічній складовій таких засобів, а з іншого ведуть мову про звичайні засоби криміналістичної техніки. Тому закономірно виникає питання, чи можна поставити знак рівності між науково-технічними та техніко-криміналістичними засобами. Хоча ці категорії є спорідненими, тобто науково-технічний засіб може бути техніко-криміналістичним, і навпаки, ми все ж-таки не можемо вважати їх тотожними. Як відзначалось раніше, категорія техніко-криміналістичні засоби

дещо вужча і містить в собі безпосередню вказівку на мету та спосіб їх використання. Використання терміну "науково-технічний засіб" в контексті криміналістики можливе лише при наявності додаткової прямої вказівки про призначення або назву чи родову приналежність такого засобу. Дана побудова видається не зовсім вдалою. На нашу думку, якщо ідеться про криміналістичну техніку як про систему наукових положень, які виникли в результаті впровадження досягнень природничих та технічних наук в практику боротьби зі злочинністю, то з впевненістю можна стверджувати, що всі засоби, якими вона оперує за походженням будуть саме науково-технічними. Додатково наголошувати на цьому просто немає потреби. Варто акцентувати увагу саме на призначенні таких засобів, меті і способах їх застосування. Охарактеризувавши засіб просто як науково-технічний, нам знову ж таки, не буде зрозумілим його пряме призначення, натомість означивши певний засіб, як техніко-криміналістичний, стає зрозумілою мета його використання.

Аналіз практики застосування певних техніко-криміналістичних засобів свідчить про те, що таке значення окремі засоби можуть набувати або ж втрачати його. Візьмемо для прикладу кінокамеру. З моменту винаходу кінозйомки вона звісно ж була науково-технічним засобом. При використанні кінокамери у криміналістичних цілях вона стала техніко-криміналістичним засобом, тобто набула такого значення. Зараз же кінозйомка, як така практично не використовується, її замінив більш доступний і ефективний відеозапис і тому можна говорити про втрату кінокамерою техніко-криміналістичного значення оскільки, з її допомогою вже не здійснюється первісна мета зйомки – фіксація криміналістично значимої інформації. Те саме можна говорити і про ряд інших засобів. До використання у криміналістичних цілях вони виконують свої безпосередні функції, задля яких були створені. Тільки при наявності потреби вони можуть бути використані у криміналістиці і лише тоді набудуть значення техніко-криміналістичних засобів. Якщо ж засоби створені суто для потреб криміналістики, то їх роль визначатиме також практика їх використання. До поки вони служать криміналістичним цілям, вони є техніко-криміналістичними засобами. При втраті своїх корисних, з позиції криміналістики, властивостей вони переходять у категорію науково-технічних і при використанні певною наукою в її наукових та прикладних цілях, стають частиною науково-технічного інструментарію даної науки із відповідною зміною основних завдань. Отже, при визначенні поняття техніко-криміналістичного засобу, видається дуже важливим та основоположним такий фактор, як мета використання такого засобу та характер завдань такого використання.

На основі викладеного можна запропонувати наступну дефініцію: техніко-криміналістичні засоби – це різного роду та походження прилади, обладнання, інструменти та матеріали, які використовуються безпосередньо з метою підвищення ефективності розкриття, розслідування та попередження злочинів, судового розгляду кримінальної справи згідно вимог чинного законодавства і у відповідності з криміналістичними методиками застосування цих засобів.

ІНТЕРПРЕТАЦІЙНІ ПРАВОПОЛОЖЕННЯ ПОСТАНОВ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА ЇХ РОЛЬ У ЗАСТОСУВАННІ НОРМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Нор Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Більшість правоположень, що містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України з питань кримінально – процесуального права, мають інтерпретаційний (роз'яснювальний) характер. Ці положення містять роз'яснення змісту чинного законодавства, одержані в результаті його тлумачення найвищою судовою інстанцією в системі судів загальної юрисдикції. Власне, щодо цих положень постанов Пленуму найбільше точиться у правовій літературі суперечок: чи є становлять вони правоположеннями нормативного характеру, та яка їх роль у механізмі кримінально – процесуального регулювання.

2. Тлумачення правової (у нашому випадку кримінально–процесуальної) норми є необхідним, а отже важливим, елементом процесу застосування будь – якої правової норми. Власне, за допомогою тлумачення можна визначити зміст правової норми, її місце в системі права, її силу, межі дії, зв'язок з іншими нормами, а в кінцевому рахунку – відповідність між нею і фактичними (реальними) обставинами.

Застосовуючи кримінально – процесуальні (як і інші) норми, судді, слідчі, дізнавачі, прокурори обов'язково здійснюють тлумачення – з'ясування змісту цих норм. Адже абстрактний характер норм права обумовлює наявність певних факторів, які утруднюють розуміння дійсного змісту норми. До таких факторів зокрема можна віднести:

1. використання в правових нормах понять, які чітко не визначені у праві (наприклад: "неправдиві свідчення, "таємниця", "честь і гідність", "психічний розлад", інші особи" тощо), хоч закони (в тому числі і кримінально–процесуальний) досить часто визначають ці поняття. Прикладом може бути ст. 32 КПК України, яка дає роз'яснення значення деяких (далеко не повне) термінів, що їх вжито у цьому законі. Проект нового КПК України (ст. 6) дає більш повніший перелік цих термінів та їх роз'яснень;
2. використання у нормах права оціночних понять та інших юридично значимих обставин (наприклад, "істотні порушення закону", "все те, що не стосується розглядуваної справи", "високий рівень судового процесу", "при наявності інших обставин, які викликають сумнів в об'єктивності", "особа, яка зловживає своїми правами", "обставини, що характеризують особу обвинуваченого", "інші обставини вчинення злочину" тощо;
3. наявність певних прогалин у норморегулюванні;
4. наявність певних суперечностей (правових колізій) між окремими нормами права, що є одним з недоліків нормотворення.

© Нор Н., 2008

Всі ці, та ще й інші фактори обумовлюють необхідність тлумачення правових норм. Власне праворозʼяснювальні (тлумачні) положення є характерними для багатьох правоположень, що містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України. І це не випадково. Місце цього судового органу в судовій ієрархії (системі), найвища професійна кваліфікація суддів, можливість бачити загальну картину застосування правових норм в результаті узагальнення великих (як правило, в масштабах всієї держави) масивів (чисел) кримінальних (чи інших) справ – все це накладає свій відбиток на характер тих роз'яснень (тлумачень), які містяться у його постановах. Тому й не випадково, що законодавець у Законі України " Про судоустрій " надав право і одночасно зобов'язав Верховний Суд в особі його Пленуму давати судам роз'яснення (що за своєю суттю є тлумаченням) щодо застосування правових норм, у тому числі і кримінально–процесуальних. Тож, не будучи формально обов'язковими для правозастосувачів (у нашому випадку судами), вони, тим не менше, як показало вивчення судової практики беззастережно сприймаються нами у процесі застосування норм права.

Але при цьому необхідно підкреслити, що положення–роз'яснення застосування правових норм, даних цим судовим органом мають відповідати вимогам Основного закону – Конституції України, та принципам кримінального процесу.

3. Зупинимося на характеристиці формування правоположень–роз'яснень Пленуму Верховного Суду України з допомогою таких способів як тлумачення – конкретизація і аналогія кримінально – процесуального закону.

Говорячи про конкретизацію як про спосіб судової правотворчості, слід зазначити, що можна вирізнити такі її види, як конкретизація оцінних понять, відкритих переліків тощо. Можна навести численні приклади тлумачення – роз'яснень Верховного Суду, результатом якої є створення правоположень, що конкретизують оцінні поняття кримінально-процесуального закону.

Так, у п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України "Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства " від 25 квітня 2003 року № 4 було конкретизовано таке оціночне поняття як "виняткові випадки", за наявності яких допускається взяття особи під варту, "що обвинувачується або підозрюється у вчиненні злочину, за який законом передбачене покарання у вигляді позбавлення волі не більш трьох років. До таких "виняткових випадків" Пленум відносить випадки, коли з імовірністю можна стверджувати, що інші запобіжні заходи не забезпечать належної поведінки підозрюваного, обвинуваченого. Це можливо, наприклад, коли особа не має постійного місця проживання, зловживає спиртними напоями або вживає наркотичні засоби, продовжує вчиняти злочини, підтримує соціальні зв'язки негативного характеру, порушила умови запобіжного заходу, не пов'язаного з позбавленням волі, раніше ухилялась від слідства, суду чи виконання судових рішень.

До оцінних понять належить також "істотне порушення кримінально – процесуального закону ", що за змістом ст. 370 КПК є підставою для направлення справи на додаткове розслідування. Воно було конкретизовано, зокрема, у постанові Пленуму Верховного Суду " Про практику застосування судами України законодавства, що регулює повернення кримінальних справ на

додаткове розслідування “ від 11 лютого 2005 року № 2. Насамперед Пленум до істотних порушень закону, які були допущені під час порушення кримінальної справи, провадження дізнання та досудового слідства, і є перешкодою для призначення справи до судового розгляду суддею, відніс: якщо справа була порушена не компетентною особою; її розслідування проводила неуповноважена на те особа чи особа, яка підлягала відводу; було порушено вимоги КПК про обов’язковість пред’явлення обвинувачення і матеріалів розслідування для ознайомлення; при провадження дізнання чи досудового слідства було порушено права обвинуваченого на захист або право користуватися рідною мовою, якою він володіє, і допомогою перекладача (п. 3).

Пленум також конкретизує випадки, коли досудове слідство має бути визнане судом неповним, оскільки не були досліджені або поверхово досліджені обставини, які мають істотне значення для вирішення справи. Це зокрема: не були допитані певні особи, не витребувані і недосліджені певні документи, речові та інші докази для підтвердження чи спростування таких обставин; не досліджені обставини, зазначені в ухвалі суду, який повернув справу на додаткове розслідування; не були з’ясовані з достатньою повнотою дані про особу обвинуваченого тощо (п.8).

4. Одним з видів конкретизації чинного законодавства (норми права) є роз’яснення – доповнення відкритих переліків певних обставин, якостей, властивостей, характеристик тощо. Іноді законодавець визначає лише ряд ознак або умов, за наявності яких підлягає застосуванню те або інше положення закону, тобто закріплює “відкриті переліки”. Внаслідок цього правозастосувачу доводиться самостійно встановлювати тотожність між вимогами закону і фактичними обставинами справи.

Так ст. 150 КПК дає перелік обставин, що враховуються при обранні запобіжного заходу до обвинуваченого (як виняток – до підозрюваного). Але цей перелік не є вичерпним. Законодавець дає можливість органу, який застосовує запобіжний захід, врахувати й “інші обставини“, що характеризують обвинуваченого. Власне, Пленум Верховного Суду в п. 10 своєї постанови “Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту і продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства “істотно доповнив цей перелік, зазначивши, що при обранні запобіжного заходу підлягають з’ясуванню і врахуванню: дані про попередні судимості, соціальні зв’язки особи, її схильності (чи вживає наркотики, алкогольні напої тощо), спосіб життя, поведінку під час проведення в цій або іншій справі (чи не ухилявся раніше від слідства, суду або виконання судових рішень, чи не вчинювала злочини проти правосуддя).

Дослідженню підлягають і відомості, що вказують на існування фактів, обставин чи моральних цінностей, які можуть свідчити про те, що підозрюваний, обвинувачений, перебуваючи на волі, не порушуватиме покладених на нього процесуальних обов’язків та займатиметься злочинною діяльністю.

Може бути з’ясовано питання про фінансові можливості підозрюваного чи обвинуваченого, а також інших осіб щодо внесення застави.

Поряд із конкретизацією “відкритих переліків“, які роз’яснюються (конкретизація в “позитивній формі”), Верховний Суд визначає, які ситуації, наприклад, не є підставою для винесення окремих ухвал (у даному випадку

можна говорити про “негативну” конкретизацію).Здійснюючи цей вид конкретизуючої правотворчості, Верховний Суд заздалегідь застережує, що підпадає під ситуації, які мав на увазі законодавець, забезпечуючи належну реалізацію вимог кримінально-процесуального закону правозастосовувачем.

5. Наступний вид конкретизації кримінально-процесуального закону, що здійснюється Верховним Судом, є роз’яснення термінів. Як вже відзначалось, законодавець, регламентуючи кримінально-процесуальні правовідносини, застосовує спеціальну юридичну термінологію. Частина термінів роз’яснена в ст.32 КПК України однак зміст більшості з них у законі не розкривається. Правороз’яснювальний характер діяльності Верховного Суду з конкретизації юридичних термінів полягає у встановленні їхнього значення. Наразі Пленум Верховного Суду визначив зміст багатьох юридичних термінів, що містяться в кримінально-процесуальному законодавстві. Так, відповідно до п. 20 постанови Пленуму Верховного Суду України № 11 від 27 грудня 1985 р. “Про виконання судами України процесуального законодавства, що регламентує судовий розгляд кримінальних справ” судам роз'яснено термін “нічний час”. За змістом ст. 322 КПК при перебуванні суддів (судді) тривалий час у нарадчій кімнаті у зв'язку з постановленням вироку суд (суддя) із настанням нічного часу вправі перервати нараду для відпочинку, покинути нарадчу кімнату і відпочинок проводити в звичайних умовах до початку робочого дня. При цьому слід враховувати, що відповідно до ст. 54 Кодексу законів про працю України нічний час починається з 10 години вечора.

Прикладом роз’яснення термінів, що мають юридичне значення може бути роз’яснення Пленуму терміна “моральна шкода”, наявність якої за змістом ч. 1 ст.49 КПК служить підставою визнання особи потерпілим. У своїй постанові “Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди“ від 31 березня 1995 року № 4 він роз’яснив, що моральна шкода може полягати, зокрема, у приниженні честі, престижу або ділової репутації, моральних переживань у зв’язку з ушкодженням здоров’я, у зв’язку з незаконним перебуванням під слідством і судом, у порушенні нормальних життєвих зв’язків, у зв’язку з неможливістю продовження активного громадського життя, порушення відносин із оточуючими людьми, при настанні інших негативних наслідків.

Під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв’язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на її фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчинення дій, спрямованих на зниження престижу чи підриву довіри до її діяльності (п. 3).

6. Необхідно визначити і такий спосіб, що його використовує Пленум Верховного Суду України у своїх постановах і з допомогою якого усуваються прогалини у правовому регулюванні, як аналогія, зокрема аналогія закону. Але характеризуючи аналогію як один із способів (тимчасових) заповнення прогалин у законодавстві, без якого не можна вирішити відповідну правову ситуацію, необхідно взяти до уваги ту обставину, що на відміну від кримінального (матеріального) застосування кримінально – процесуального закону за аналогією є можливим і необхідним. Власне, Пленум у своїх роз’ясненнях нерідко й використовує аналогію закону, даючи судам відповідні правоположення.

Так, у судовій практиці непоодинокі випадки, коли у справах про злочини, вчинені групою осіб, є особа, яка виявляє ознаки неосудності або ж захворіла на психічну хворобу до постановлення щодо неї вироку чи під час відбування покарання. Проте процедура розгляду таких справ у КПК не передбачена. З огляду на це Пленум у своїй постанові "Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування" від 3 червня 2005 року роз'яснив судам, що такі справи можуть бути розглянуті в одному судовому засіданні з додержанням вимог закону, встановлених главами 25 – 28 і 34 КПК (п.13), тобто за аналогією з цими нормами.

ЗАКОНОДАВЧЕ РОЕГУЛЮВАННЯ І ПРАКТИКА ЗАКРИТТЯ КРИМІЕНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Павлишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з форм закінчення (завершення) провадження у кримінальній справі є її закриття. Як наслідок припиняються кримінально-процесуальні відносини, суб'єкти процесу позбавляються наданих їм прав і покладених на них обов'язків, зокрема, слідчий, прокурор втрачають можливість проводити слідчі дії, застосовувати заходи примусу, звільняються від обов'язку доказування; з іншого боку з підозрюваного, свідків, потерпілих знімаються обов'язки з'являтися за викликом, дотримуватись порядку проведення слідчих та інших процесуальних дій, вони також позбавляються низки наданих їм процесуальних прав. Закриваючи справу, відповідний орган повинен визначити долю речових доказів, скасувати запобіжні заходи, заходи для забезпечення цивільного позову та вирішити низку інших важливих питань. Зважаючи на правові наслідки закриття кримінальної справи, законодавець чітко визначає підстави і порядок її закриття на різних стадіях кримінального процесу. Так, згідно з статтею 213 КПК України кримінальна справа на стадії досудового розслідування закривається за наявності підстав, зазначених у ст. 6 КПК та за недоведеністю участі обвинуваченого у вчиненні злочину.

Однак в силу внесення змін до окремих законів чи прийняття нових, які, нажаль, не потягли за собою змін до КПК України, окремі підстави для закриття справи, визначені у ст. 6 КПК, не можуть бути застосовані слідчим. Це, насамперед, стосується п. 4 цієї статті. Зокрема, слідчий не може закрити кримінальну справу за наявності указу Президента про помилування, оскільки відповідно до ст. 87 КК України та п.4 Положення про порядок здійснення помилування, затвердженого Указом Президента України від 12 квітня 2000 року N 588/2000, клопотання про помилування може бути подано лише після набрання вироком законної сили. Не може сьогодні слідчий закрити кримінальну справу і внаслідок акта амністії, якщо він усуває застосування покарання за вчинене діяння. Це зумовлено тим, що згідно з ч.2 ст.44 КК України та закону України „Про амністію" від 19 квітня 2007 р. закрити кримінальну справу за цією підставою може виключно суд. У зв'язку з цим, коли слідчий під час досудового розслідування встановить, що прийнятий закон „Про амністію", яким усувається застосування покарання за вчинене діяння, він не закриває справу, а виносить постанову про направлення її до суду для звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності, керуючись за аналогією правилами передбаченими ст. 7–1 КПК.

В той же час, сьогодні на практиці склалася ситуація, коли, враховуючи тенденції реформування кримінального судочинства України, слідчі і суди закривають кримінальні справи ще в іншому порядку, ніж це передбачено чинним КПК. Поштовхом до цього поступила Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23.12.2005 року „Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності".

© Павлишин А., 2008

Зокрема, у цій постанові, у ч.3 п.1 зазначається: „Звільнення особи від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК, здійснює виключно суд у порядку, встановленому статтями 6, 7, 7-1, 7-2, 8-10, 11-1 КПК, під час попереднього та судового розгляду справи, апеляційного, касаційного і виключного провадження відповідно до статей 248, 282, 376, 400-1 та п. 2 ч. 1 ст. 400-4 КПК". А дійшов такого висновку Пленум Верховного Суду України, як зазначається у преамбулі цієї постанови, в результаті обговорення практики звільнення осіб від кримінальної відповідальності та закриття кримінальних справ за нереабілітуючими обставинами. І хоча у ч.2 п.1 цієї постанови чітко зазначається, що „закриття кримінальної справи зі звільненням від кримінальної відповідальності можливе лише в разі вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого кримінальним кодексом, та за наявності визначених у законі правових підстав, вичерпний перелік яких наведено у ч.1 ст.44 КК, а саме: у випадках, передбачених цим Кодексом, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування", на практиці, виходячи із преамбули і ч.3 п.1 зазначеної постанови, кримінальні справи за п.п.4-11 ч.1 ст.6 КПК закриває не слідчий, а суд. В основному, – це закриття справи щодо померлого, за винятком випадків, коли провадження в справі є необхідним для реабілітації померлого або відновлення справи щодо інших осіб за нововиявленими обставинами (п.8 ч.1 ст.6), щодо особи, яка не досягла на час вчинення суспільно небезпечного діяння одинадцятирічного віку (п.5 ч.1 ст.6) і за наявності нескасованої постанови органу дізнання, слідчого, прокурора про відмову в порушенні справи за тим же фактом (п.11 ч.1 ст.6).

Підставою такого розуміння і застосування цієї постанови послужило теоретичне положення про те, що оскільки постановою про закриття кримінальної справи за нереабілітуючими обставинами особа фактично визнається винною у вчиненні злочину, а це є виключною прерогативою суду, то закривати справу за нереабілітуючими підставами може лише суд. Однак такий спрощений підхід до цієї проблеми є помилковим. Справа у тім, що за Конституцією України суд може визнати особу винною у вчиненні злочину лише вироком, а не постановою. Крім того, нереабілітуючі підстави закриття кримінальної справи лише вказують на вчинення особою злочину, однак зовсім не є підставою визнання її винною у його вчиненні, і передбачають можливість звільнення її від кримінальної відповідальності без права реабілітації: відшкодування шкоди завданої незаконним затриманням, взяттям під ватру, притягненням як обвинуваченого, поновлення доброго імені.

У даній ситуації потрібно враховувати і те, що сьогодні вчені не всі підстави, визначені у п.4-11 ст.6 КПК вважають нереабілітуючими. І це цілком правильно, оскільки як можна вважати нереабілітуючою підставою для закриття справи наявність щодо особи вироку що набрав законної сили, по тому ж обвинуваченню або ухвали чи постанови суду про закриття справи з тієї ж підстави (п.9 ч.1 ст.6); нескасованої постанови органу дізнання, слідчого, прокурора про закриття справи за тим же обвинуваченням (п.10 ч.1 ст.6); нескасованої постанови органу дізнання, слідчого, прокурора про відмову в порушенні справи за тим же фактом (п.11 ч.1 ст.6). Особа не може два рази відповідати за один і той самий злочин. За таких обставин справа взагалі не може бути порушена, а порушена підлягає закриттю.

Якщо ж за їх наявності, слідчий все ж направить справу до суду для її закриття, він лише відтермінує час закінчення провадження по справі. Суд же так чи інакше закриє справу з підстав передбачених пп.9-11 ч.1 ст.6 КПК і досліджувати доказів при цьому не буде, оскільки за таких обставин це не потрібно. Як наслідок затягнеться час, збільшаться матеріальні витрати на таке провадження, принцип процесуальної економії не буде дотриманий. Як видається, закриття кримінальних справа за наявності цих підстав має бути обов'язком слідчого, органу дізнання, якщо вони їх встановили під час досудового розслідування, за винятком випадків, коли обвинувачений заперечує проти цього.

Можливо і Пленум Верховного Суду України не мав на меті створити таку ситуацію, але «маємо те що маємо». Недолуге тлумачення норм і використання термінів у постанові привело до проблеми, яка склалася на практиці. Крім того, як виявилося, на практиці суди **під час судового розгляду, не попереднього, а власне судового,** застосовуючи закон про амністію та, керуючись згаданою постановою Пленуму Верховного Суду України, закривають кримінальну справу у зв'язку з амністією. Це в той час, коли у ч.2 ст.6 КПК чітко зазначається, що якщо обставина, передбачена п. 4 цієї статті (внаслідок акта амністії), виявиться у суді, суд доводить розгляд справи до кінця і постановляє обвинувальний вирок із звільненням засудженого від покарання, а ст. 282 КПК, яка визначає підстави для закриття справи під час судового розгляду, не передбачає п. 4 ст. 6 КПК.

У контексті розглядуваної проблеми варто звернути увагу і на наступному: як зазначає Пленуму Верховного Суду у цій же постанові у ч.2 п.1 „закриття кримінальної справи зі звільненням від кримінальної відповідальності можливе лише в разі вчинення особою суспільно-небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого КК, та за наявності визначених у законі правових підстав, вичерпний перелік яких наведено у ч. 1 ст. 44 КК..." Але ч. 1 ст. 44 КК не дає такого переліку, у ній лише зазначається, що особа, яка вчинила злочин звільняється від кримінальної відповідальності у випадках передбачених цим кодексом, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування. Перелік же таких підстав наведений у наступних статтях розділу IX Кримінального кодексу України. Знову Пленум є неточним не тільки у роз'ясненні, але й цитуванні положень закону.

І на завершення хочеться наголосити і на такому. У електронній системі НАУ розміщено дві постанови від 23.12. 2005 р. „Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності", але одна з них чомусь із № 1, а друга з № 12. І хоча зміст постанов однаковий, побудова окремих її пунктів і частин відрізняється. Чим це викликано не зрозуміло. Можливо це технічна помилка, однак, видається, що судді і технічні працівники Пленуму Верховного Суду України мали б бути уважнішими і відповідальнішими, формуючи роз'яснення, застосування яких на практиці призводить до певних колізій і непорозумінь.

ПРИНЦИП ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ В ІСТОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Сопронюк І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Зважаючи на те, що принцип процесуальної економії у кримінальному процесі досліджено вкрай недостатньо та поверхнево, видається за доцільне проведення аналізу розвитку даного правового положення в історії кримінального судочинства.

Як відомо принцип процесуальної економії стосується раціонального та бережливого використання часу у кримінальному процесі, фізичних та моральних сил суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності та процесуальних засобів. Однак до виділення даного правового положення у системі принципів кримінальному судочинству були відомі лише окремі його елементи.

Історія розвитку кримінального судочинства свідчить про те, що зародки даного принципу можна простежити вже в Законах царя Хаммурапі за часів Стародавнього Вавилону. Так, перші п'ять статей даної правової пам'ятки присвячені суду і судочинству та скеровані, очевидно, проти пануючої в судах сваволі, тяганини, системи підкупу суддів та свідків. Суддям передбачались суворі покарання за зміну постановлених судових рішень, а обвинувачам та свідкам – за неправдиві обвинувачення та свідчення. Такі заходи мали за мету гарантувати не лише здійснення справедливого правосуддя, а й запобігти затягуванню правосуддя.

Велику правову спадщину для людства залишив Стародавній Рим. Так, п. 9 Законів XII таблиць, зазначає: „Якщо на судочинстві присутні обидві сторони, нехай захід сонця буде крайнім строком судочинства". У такий спосіб древні римляни намагались врегулювати тривалість судового процесу та спонукати сторони до швидкого вирішення справи. Мабуть, в зв'язку з цим став відомим вислів: "Justitia debet esse celeris, quia dilatio est quaedam negatio" – правосуддя повинно бути швидким, оскільки затягування є видом відмови.

Законами XII таблиць фіксувались лише приватні правопорушення. Однак з часом у кримінальному праві швидко почали розрізняти правопорушення приватного і публічного характеру. В зв'язку з цим виник диференційований підхід до процесу розслідування та розгляду справ з метою раціонального та бережливого використання ресурсів кримінального судочинства. Якщо для злочинів приватного характеру була притаманна спрощена процедура, то для розслідування і розгляду публічних деліктів створювались спеціальні комісії.

Подібні законодавчі традиції складались і в Стародавній Греції. Як і в Стародавньому Римі, тут була відомою диференціація процесу на приватний (dike), та публічний (graph), Окрім цього, більш чітко регламентувались виступи сторін на суді – для цього їм надавали однаковий час.

2. Однією з визначних правових пам'яток Середньовіччя є Салічна правда, норми якої теж передбачали деякі елементи принципу процесуальної економії. Так, відповідно до п.1-3 Салічної правди, якщо хтось буде викликаний до суду за законами короля і не з'явиться, йому належить сплатити 15 солід (золотих монет). Якщо ж хтось, викликавши іншого до суду, сам не з'явиться, і якщо його не затримає будь-яка законна перешкода, йому належить сплатити 15 солід на

© Сопронюк І., 2008

користь того, кого він викликав до суду. Отже, з'явились спроби впорядкувати процес слухання справи та дисциплінувати його учасників шляхом встановлення для них відповідальності за невиконання вимоги з'явитися до суду у визначений час. Це дозволило певною мірою зменшити кількість поширених у той час неправдивих та наклепницьких обвинувачень та знизити судову тяганину.

3. Видатною пам'яткою в історії України є Руська Правда, яка свого часу регулювала широкий спектр правових та суспільних відносин. Регламентуючи процесуальні відносини, Руська Правда передбачала специфічні форми досудової підготовки справи, однією з яких є „гоніння сліду" – розшук злочинця за його слідами. Так, якщо слід приводив до будинку конкретної людини, вважалось, що вона і є злочинцем. Якщо слід приводив просто в село, відповідальність несла верв, тобто територіальна громада. Якщо слід губився на великій дорозі, то на цьому пошук припинявся (п. 77 Просторової редакції Руської Правди). Очевидно, що гоніння сліду – процесуальна дія, яка проводиться негайно. Тому її можна вважати прототипом сучасного розшуку „по гарячих слідах".

4. Багатим на правові пам'ятки, які дають змогу дослідити історію судочинства, був період входження українських земель до складу Польщі та Литви (кінець ХІУ – перша пол. ХУІІ ст.). Цікаво, що джерела права, видані в даний період, застосовувались в період формування української національної держави у ІІ пол. ХУІІ ст. , так і в період наступу її на автономію (ХУІІІ ст.). Характерною рисою судових процесів цього періоду є використання суддями під час здійснення правосуддя і звичаєвих норм, і вищезазначених правових актів, не дивлячись навіть на те, що більшість з них вже втратили свою чинність.

Так, відповідно до Литовського Статуту 1588 р. судовий розгляд розпочинався після слідчих дій сторони чи самого суду із установлення явки сторін і вирішення всіх питань, пов'язаних з неявкою. Коли на суд не приходив сам позивач або його повірений представник і не було обґрунтованої причини їх відсутності, то відповідач міг подати протест і викликати позивача до суду для присудження з нього збитків за весь час очікування. Однак за позивачем зберігалось право вдруге звернутись з позовом до відповідача. Якщо і вдруге позивач не з'являвся на суд і не пояснив своєї неявки, його позов залишався без розгляду, а з відповідача знімалась вина. У разі неявки відповідача йому теж надсилались повторні виклики. Коли відповідач чи його представник втретє не прибув до суду, або коли прибув, але не сплатив збитків, а також не хотів перебувати під арештом, тоді він втрачав своє право на судовий розгляд справи, а позивачу присуджувалось все те, чого той вимагав на підставі доказів.

Суд задовольняв позов також і в тому випадку, коли відповідач на суді створював тяганину, не захищався по суті справи або самовільно залишив зал засідань, не доручивши продовжувати справу своєму повіреному. Окрім того, суди мали право стягувати штрафи за неявку сторін на користь суддів, підсудків та інших судових осіб.

Дещо по-іншому регулювались дані відносини Соборним уложенням 1649 р.. Так, ст. 108, 109, спрямовані на зменшення тяганини у судах, зазначають, що сторони можуть самі домовитись про строки явки до суду. В такому випадку сторона, яка не з'являється у визначений час без поважних причин, програє справу. Якщо ж строк встановлює суд і викликає відповідача зазивною грамотою, він зобов'язаний чекати позивача, який не з'явився, протягом одного тижня, після чого автоматично виграє справу.

Розгляд справи нерідко завершувався на першому судовому засіданні. Але траплялись випадки і відкладення його на певний строк. Однак був перелік категорій справ, у яких це не допускалось, наприклад, коли справа малозначна чи між простими і убогими людьми, яку можна розглянути і одразу ж вирішити, щоб таке відкладення не призвело до великих збитків.

На судовому засіданні вважалась обов'язковою присутність сторін і свідків. Однак, траплялись винятки, коли не дотримувались цього принципу. Тоді суд при розгляді справи задовольнявся зачитуванням „атестацій" чи „тестимоній", тобто протоколів заслуховування свідків іншими судами, які надсилались до суду, де розглядалась справа по суті. Також зачитувались чи заслуховувались „інквізиції" – протоколи слідства, проведеного посланцем суду. Винятком було також провадження справи в апеляційних інстанціях, куди вона направлялась з випи-сками чи „екстрактами", на яких обгунтовував свою постанову апеляційний суд.

5. Дедалі більше удосконалювалась процесуальна форма кримінального судочинства Російської Імперії, до складу якої входила і Україна. Так, ще при Катерині II з метою швидкого розслідування кримінальних справ для провадження слідства був призначений місячний строк (1763), однак запроваджені заходи не дали ефективних результатів. Пізніше т. ХУ Зводу Законів Російської імперії теж зазначав, що слідство у кримінальних справах повинно бути проведене з якомога більшою швидкістю та завершене в місячний строк. Винятки складали випадки, коли йшлося про особливо поважні причини; але не виявлення особи, звинуваченої у вчиненні злочини, коли присутній головний обвинувачений, не може бути перешкодою у завершенні слідства.

В силу того, що довготривалість процесу була одним із суттєвих його недоліків, у Височайшому Маніфесті Олександра II була пред'явлена особлива вимога, щоб суд був швидким. У ньому йшлось про те, що питання про прискорення справді складає предмет особливої важливості. Судова ж тяганина зменшує весь благодатний вплив суду. Тому, для тієї особи, чиї права та інтереси так чи інакше залежать від рішення суду, природно бажати, щоб їх захист відбувся якомога швидше. Швидке провадження і відповідне вирішення судових справ надають впевненості у тому, що судова влада дорожить законними правами та інтересами сторін і піклується про те, щоб забезпечити їх захист.

Всі вищезазначені фактори лягли в основу кардинальних змін, внесених до порядку здійснення кримінального судочинства в зв'язку з прийняттям Статуту кримінального судочинства (далі Статут). Так, Розділ І Книги другої, встановлюючи правила про визначення підсудності справ, передбачав можливість перенесення справ з одного суду до іншого. Це дозволяло забезпечити більшу зручність у розгляді справи, а також скорочення часу провадження та уникнення зайвих витрат. Завдяки скороченню кількості інстанцій, була введена вимога безперервності судового розгляду. Статут пред'явив вимогу швидкості до судових діячів та сторін, Якщо для перших вона не обмежувалася будь-якими строками, то другі повинні були діяти у тих часових рамках які передбачені Статутом.

Так, відповідно до ст. 266 судовий слідчий повинен своєчасно вживати заходи, необхідні для збирання доказів, а особливо не допускати ніякого зволікання у виявленні та збереженні таких слідів і ознак злочину, які можуть швидко зникнути. Ст. 295 Статуту вказує на те, що попередні розслідування повинні проводитись якомога швидше. Провадження їх не повинні зупинятись у

вихідні та святкові дні, якщо цього вимагають обставини справи. Щодо строків, то вони вказувались лише стосовно деяких окремих слідчих дій. Так, наприклад, слідчий повинен був допитати підсудного протягом 24 годин (ст. 398), а прокурор давав хід слідству протягом тижня (ст. 517).

Статут кримінального судочинства також закріплював деякі положення, які регулювали порядок прискорення провадження. Так, зокрема, тогочасному кримінальному судочинству були відомі такі заходи, як заочний розгляд, негайне приведення обвинуваченого до суду та судовий наказ.

В цей час процесуальну економію, як матеріальну, економічну основу процесу, дослідники кримінального судочинства почали розглядати на рівні з моральною (зокрема, І.Я. Фойницький). Однак, незабаром радянські часи внесли свої корективи у розуміння даного положення. Так, В.І. Ленін, погляди якого були основою будь-якої діяльності, вимагав створення революційного, швидкого і безжально суворого до контрреволюціонерів, хуліганів та дезорганізаторів суду. Це лягло в основу боротьби за швидкість та спрощення кримінального судочинства у 1920-1930 роках, яка стала предметом активних законодавчих змін. Так, в деяких союзних республіках приймались нові КПК, що містили норми, які суттєво спрощували судочинство. Такі реформування проводились в Узбецькій РСР, Туркменській РСР, Таджикській РСР, в яких КПК за змістом скорочувався майже в два рази. В результаті проводилось невиправдане скорочення досудового та судового слідства, скасування багатьох процесуальних прав та гарантій, а швидкість кримінального судочинства стала самоціллю. Однак вкінці 40-х – на початку 50-х років, дані форми спрощення та прискорення провадження, будучи проявом суб'єктивізму і волюнтаризму, довели свою неспроможність забезпечити виконання завдань кримінального судочинства та були скасовані. Тим не менше, такі реформування кримінально-процесуального законодавства у 20-х – 30-х роках XX ст. вселили недовіру до будь-якого удосконалення кримінально-процесуальної форми у бік її спрощення на декілька десятиліть вперед.

Таким чином, процесуальна економія при провадженні кримінальних справ була невід'ємним елементом процесу з часу його виникнення. Однак, коли вона стає самоціллю, то може призвести до небажаних, а як показала історія, у тому числі і вітчизняна, і до тяжких наслідків.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ ПРИ ЗВІЛЬНЕННІ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Яворський Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Презумпція невинуватості є одним із принципів кримінального процесу, що визначає взаємовідносини держави і особи у сфері кримінального судочинства. Кримінальний процес сприймає презумпцію невинуватості, перш за все, як основу взаємовідносин державних органів і особи при розслідуванні і судовому розгляді кримінальної справи. Вимогами презумпції невинуватості пронизано все кримінально-процесуальне право, його інститути і окремі норми. Вона у значній мірі визначає конструкцію процесу доказування. Вперше нормативне закріплення презумпції невинуватості відбулося ще у 1789 р. у Французькій Декларації прав людини і громадянина, але на міжнародному рівні як невід'ємний принцип будь-якої правової держави вона була визначена тільки в 1948 р. у Загальній декларації прав людини і громадянина.

Дослідженню принципу презумпції невинуватості присвятили свої праці надзвичайно велика кількість науковців (М.М. Полянський, М. С. Строгович, О.М. Ларін, І.Л. Петрухін, Я.О. Мотовіловкер, А.Я. Дубинський, Ч.С. Касумов, С.А. Альперт, М.А. Чельцов, М.М. Михеєнко та ін.). Однак розвиток суспільства, а відповідно і зміна правових норм, яка з цим пов'язана, вимагають на сьогоднішній день нових досліджень окремих положень, що стосуються реалізації цього принципу.

У ст.62 Конституції України та ч.2 ст.2 КК закріплений принцип презумпції невинуватості, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ст. 15 КПК визначає, що ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні злочину, а також підданий кримінальному покаранню інакше, як за вироком суду й відповідно до закону. Ці правові норми відображають прагнення законодавця встановити єдиний процесуальний акт – обвинувальний вирок суду, яким констатується вина особи у вчиненому злочині та на підставі якого вона притягується до кримінальної відповідальності.

Поряд з цим ряд положень Кримінального кодексу України дають підстави для дискусії з приводу того, чи є обвинувальний вирок суду тим єдиним процесуальним документом, яким встановлюється вина особи у вчиненні злочину. Розділ IX Кримінального кодексу України присвячений інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Хоча чинне законодавство і не дає визначення звільнення від кримінальної відповідальності, Пленум Верховного Суду України у постанові № 12 від 23.12.2005 р. «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» відзначив, що звільнення від кримінальної відповідальності – це відмова держави від застосування щодо *особи, котра вчинила злочин*, установлених законом обмежень

© Яворський Б., 2008

певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України, у порядку, встановленому Кримінально-процесуальним кодексом України. Схожі визначення звільнення від кримінальної відповідальності наводяться і у теорії кримінального права (М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.В. Сташис, В.Я. Тацій та ін.). Відповідно до ст.44 КК *особа, яка вчинила злочин*, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених КК, а також на підставі закону України про амністію чи акта помилування. Більш детально умови та підстави такого звільнення визначені статтями Загальної (ст.ст. 45-49,86,97,106) і Особливої частини КК (ч.2 ст.111, ч.2 ст.114, ч.3 ст.175, ч.4 с.212, ч.2 ст.255, ч.5 ст.258 та ін.), а також Законом України «Про застосування амністії в Україні» від 1.10.1996 р. КПК визначає процесуальний порядок такого звільнення у ч.4 ст.6, ст.7, п.1,2,4,5 ч.1 ст.7-1: прокурор, а також слідчий за згодою прокурора складає постанову про направлення справи до суду для вирішення питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Суд вирішує це питання і за наявності відповідних підстав виносить постанову (ухвалу) про закриття кримінальної справи.

У названих правових нормах, які регулюють питання звільнення від кримінальної відповідальності, мова йде про «особу, яка вчинила злочин» і з цього слідує, що особа визнається винуватою не тільки обвинувальним вироком суду, а й постановою про закриття кримінальної справи із звільненням від кримінальної відповідальності.

Традиційно у літературі сформувалася позиція про неможливість визнання особи винуватою будь-яким іншим процесуальним актом крім вироку суду. Такої ж думки дотримується і конституційна юстиція. Зокрема Конституційний суд РФ вказав у своїй постанові від 28.10.1996 р. № 18-П, що рішення про закриття кримінальної справи не підмінює собою вирок суду і, відповідно, не є актом, що встановлює винуватість особи.

Проте існує погляд, що при звільненні від кримінальної відповідальності особа визнається винуватою (М.П. Карпушин, В.І. Курляндський). Деякі науковці обережніше підходять до вирішення даної проблеми і хоча прямо не говорять про необхідність визнання особи винуватою постановою про закриття кримінальної справи, але все ж відзначають, що передумовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею певного злочину (Баулін Ю.В., Брайнін Я.М.).

У літературі можна зустріти і позицію про те, що необхідно розрізняти встановлення винуватості особи і визнання її винуватою. На думку її прихильників (Данилюк С.А., Нуркаєва М.К., Ященко А.М.) у випадках закриття кримінальної справи із звільненням особи від кримінальної відповідальності має місце тільки встановлення винуватості даної особи, а не визнання її винуватою у вчиненні злочину, яке може відбутися тільки вироком суду. Вважаємо таку позицію непослідовною, оскільки, видається не зрозумілим, як при встановленні винуватості особи у вчиненому злочині можна стверджувати, що вона невинувата у його вчиненні? Логічно неправильним, встановивши винність особи у вчиненні злочину, одночасно говорити, що вона невинувата у його вчиненні.

При вирішенні даної проблеми, на наше переконання, слід виходити з наступного. Відповідно до ч.1 ст.2 КК підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину. З

цього законодавчого положення чітко видно, що до кримінальної відповідальності притягнути можна тільки особу, яка вчинила злочин. Термін звільнити – означає як звільнити від чогось, що вже є, так і позбавити чого-небудь обтяжливого чи зайвого, дати можливість не робити чого-небудь у майбутньому (Великий тлумачний словник сучасної української мови // http://www.slovnyk.net/ ; Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М.: Русский язык. – 1991. – с. 46). Під відповідальністю (юридичною) розуміється закріплений у законодавстві і забезпечений державою юридичний обов'язок правопорушника зазнати примусового позбавлення певних цінностей, що йому належали (П.М. Рабінович). Тому звільнити від відповідальності можна тільки того, хто зобов'язаний її понести, у нашому випадку – особу, яка вчинила злочин і в силу цього зобов'язана відповідати за вчинене. Якщо ж особа не зобов'язана відповідати, то вона не потребує звільнення від відповідальності. З цього випливає, що перш ніж звільнити особу від кримінальної відповідальності необхідно довести її вину, або іншими словами – звільненню особи від кримінальної відповідальності завжди повинно передувати визнання її винною у вчиненні злочину.

У згаданій вище постанові Пленум Верховного Суду України (п.2) також наголошує, що умовою звільнення особи від кримінальної відповідальності є вчинення нею певного злочину. Крім того, як далі відзначає Пленум, при вирішенні питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності суд (суддя) під час попереднього, судового, апеляційного або касаційного розгляду справи повинен переконатися, що діяння, яке поставлено особі за провину, дійсно мало місце, що воно містить склад злочину і особа винна в його вчиненні, а також що умови та підстави її звільнення від кримінальної відповідальності передбачені КК. Тільки після цього можна постановити (ухвалити) у визначеному КПК порядку відповідне судове рішення.

Вибірковий аналіз кримінальних справ (52 справи), закритих у зв'язку із звільненням від кримінальної відповідальності судами м.Львова, підтверджує висловлювану позицію, про те, що винесенню постанови про закриття справи передує встановлення винуватості особи у інкримінованому їй злочині: практично у всіх постановах (як цього і вимагає Пленум Верховного суду України у п. 14 постанови № 12 від 23.12.2005 р.) містилося наступне формулювання: „ ... суд вважає доведеною вину підсудного у вчиненні злочину ...".

Крім того, якщо звернутися до ч.2 ст.5 Закону України «Про застосування амністії в Україні» від 1.10.1996 р., ч.2 ст.14 Закону України «Про амністію» від 31.05.2005 р. та ст.14 Закону України «Про амністію» від 19.04.2007 р., де чітко вказується на те, що «Амністія не звільняє від обов'язку відшкодувати заподіяну злочином шкоду, покладеного *на винну особу* вироком чи *рішенням суду*», то це ще раз підкреслює можливість визнання особи винною не тільки обвинувальним вироком суду.

Міжнародні акти, визнані світовою спільнотою, не виключають можливості визнання особи винуватою іншим актом, окрім обвинувального вироку суду. Єдине, що обов'язкове – це судовий порядок такого визнання. Так, п.1 ст.11 Загальної декларації прав людини говорить: „кожна людина, обвинувачувана у вчиненні злочину, має право вважатися невинуватою до тих пір, доки її

винуватість не буде доведена у встановленому законом порядку шляхом гласного *судового розгляду*, при якому їй забезпечуються всі можливості для захисту". Пункт 2 ст.14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права містить дещо інше формулювання: „кожен обвинувачений у кримінальному злочині має право вважатися невинуватим, поки його винуватість не буде доказана відповідно до закону". Аналогічне формулювання міститься у п.2 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.

Зрозуміло, що така позиція суперечить традиційному розумінню змісту принципу презумпції невинуватості і знайдеться чимало її противників. Однак реальність така, що або ми дещо змінимо розуміння принципу презумпції невинуватості, або потрібно відмовлятися від інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Враховуючи загальноєвропейську тенденцію, спрямовану на пошук способів позасудового урегулювання суперечок, що виникають у зв'язку з вчиненням злочинів, дедалі частіше застосування методів, заснованих на заохоченні позитивної поведінки та ґрунтуючись на принципі гуманізму, на сьогоднішній день видається не можливим відмова від інституту звільнення від кримінальної відповідальності. У зв'язку з цим пропонуємо до вироку суду як єдиного акту, яким особа визнається винуватою у вчиненні злочину додати ще й постанову (ухвалу) суду про закриття кримінальної справи із звільненням особи від кримінальної відповідальності. Тоді, як правильно відзначає Ю.В. Баулін, з винного знімається обов'язок перетерплювати негативні кримінально-правові наслідки. Однак суспільно небезпечне діяння, ним вчинене, залишається злочином.

За таких умов вважаємо необхідним уточнити і визначення поняття презумпції невинуватості. На нашу думку дане визначення повинно бути наступним: особа вважається невинуватою у вчиненні злочину доки її вину не буде доведено у визначеному законному порядку і встановлено обвинувальним вироком чи ухвалою (постановою) суду про звільнення її від кримінальної відповідальності, які набрали законної сили.

СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА

ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ У ЗВ`ЯЗКУ З ПРИМИРЕННЯМ ОБВИНУВАЧЕНОГО, ПІДСУДНОГО З ПОТЕРПІЛИМ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Гайворонська І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Звернення до практики застосування процедури примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим в кримінальному процесі низки зарубіжних країн показує, що на сьогоднішній день вона напрацювала великий арсенал технологій і моделей її реалізації. В цілому вони доповнюють систему кримінального судочинства або служать її альтернативою, проте основною концептуальною ідеєю примирення сторін в кримінальному процесі так чи інакше залишається відновлення справедливості.

Розглянемо реалізацію процедури примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим на прикладі деяких країн. Так ст.ст. 40, 41 Кримінально-процесуального кодексу Франції надають право прокурору по всіх категоріях справ „вирішувати, які кроки застосовувати" щодо конкретно справи та „до початку судового провадження по справі, за згодою сторін, удатися до застосування процедури медіації, якщо, на думку прокурора, це допоможе забезпечити відшкодування збитків потерпілому; усунути перешкоди, пов'язані з порушенням закону; реабілітувати індивіда".

Реалізація процедури примирення обвинуваченого, підсудного з потерпілим у Франції відбувається шляхом проведення медіації (один з альтернативних (позасудових) методів вирішення конфліктів, згідно з яким незаінтересований посередник (медіатор) допомагає сторонам досягти шляхом переговорів добровільної та взаємовигідної угоди.

Інститут медіації (mediation penale), будучи породженням новітніх концепцій французької кримінальної політики, як і відмова у відкритті кримінального переслідування (classement sans suite sous condinion), спочатку склався на практиці. Але на відміну від останнього він був включений в текст Кримінально-процесуального кодексу Законом від 4 січня 1993 року. Через декілька років Закон від 23 червня 1999 року розширив можливості прокурора в рамках інституту медіації (багато в чому за рахунок «умовної відмови»). Сьогодні, згідно ст. 41-1 КПК Франції, якщо прокурор республіки вважає, що така міра здатна забезпечити відшкодування шкоди, заподіяної потерпілому, покласти край конфлікту, що став наслідком злочинного діяння, або сприяти виправленню особи, що його вчинила, то він до винесення рішення про відкриття публічного позову вправі: 1) провести «нагадування» (rappel) особі, яка вчинила діяння про її обов'язки, засновані на законі; 2) направити цю особу в спеціалізовану громадську організацію; 3) запропонувати їй відшкодувати шкоду, заподіяну її діянням; 4) з відома сторін провести процедуру медіації між особою, яка вчинила діяння і потерпілим. Закон від 23 червня 1999 року не обмежує застосування ст.41-1 КПК Франції якими-

© Гайворонська І., 2008

небудь окремими категоріями кримінальних справ. Пропозиції прокурора для правопорушника не обов'язкові і він виконує їх добровільно. У випадку, якщо особа відмовляється їх виконувати, прокурор ухвалює рішення про порушення публічного позову на загальних підставах.

Що торкається власне процедури медіації (п.5 ст. 45-1 КПК Франції), з якої все починалося, то практика її застосування неоднакова в різних регіонах Франції. В найзагальнішому вигляді вона виглядає таким чином: прокурор, вважаючи недоцільним вирішення конфлікту при безпосередній участі сторін, передає справу в будь-яку спеціалізовану громадську організацію. Та, в свою чергу, намагається примирити потерпілого і обвинуваченого, підсудного за допомогою посередницьких (медіаційних процедур). Якщо це вдається, то сторони укладають угоду, виконання якої із сторони обвинуваченого контролюється все тією ж громадською організацією. Якщо ні, то справа повертається прокурору, знов покликаному вирішувати – порушувати кримінальне переслідування або ж, незважаючи на невдачу медіаційних процедур, відмовитися від нього.

Згідно Акту про муніципальні ради медіації (1991 р.), розділів 71 та 71 Кримінально-процесуального кодексу Норвегії (1998 р.) прокурора наділено повноваженнями направляти відповідні судові справи на медіацію та припиняти провадження по справі до завершення даної процедури.

На медіацію передаються справи у яких чітко визначена особа потерпілого, і тільки після завершення розслідування. Згідно чинного законодавства передача справ відбувається у тих випадках , коли влада вирішила припинити судове переслідування, або коли правопорушення є незначним, а вина правопорушника доведена.

Суть проведення медіації в Норвегії полягає в створенні спеціального органу для примирення сторін на основі відшкодування шкоди. Таким органом є муніципальна рада з врегулювання конфліктів, що складається з представника муніципалітету і місцевих активістів. Як правило, такі ради розглядають справи про злочини, що не становлять великої суспільної небезпеки, і саме тому вони поступають в раду з суду або з прокуратури. Офіційні особи системи правосуддя, а також адвокати в процедурі примирення участь не беруть. Весь стиль і атмосфера роботи таких рад принципово відрізняються від діяльності судових органів. У них не вимагається надання доказів вини правопорушника. Примирення не може бути примусовим. Тому завдання полягає в створенні обстановки конструктивного і доброзичливого діалогу сторін. Уклавши угоду її від імені ради спрямовують в суд, і якщо сторони виконують угоду (наприклад шкоду відшкодовано), справа закривається, а конфлікт вважається ліквідованим.

Фінансування та адміністрування програм медіації здійснюється Міністерством соціальних справ та Міністерством юстиції, місцеві органи розподіляють кошти та контролюють діяльність рад медіації.

Муніципальні ради зазвичай мають у своєму штаті оплачувані посади координатора, декількох адміністративних працівників та волонтерів-медіаторів, які отримують погодинну винагороду за свою працю. Для учасників медіація є безкоштовною. На сьогодні в Норвегії працюють близько 700 медіаторів, яких призначають на чотири роки. Медіатори не мають спеціальної освіти. Однак, обов’язковими умовами для роботи медіаторів є вік (старше 18 років), наявність виборчого права, відсутність судимості і проходження підготовчого тренінгу.

В липні 1995 року Рада Європи провела в Барселоні спеціальний семінар з проблем примирення і посередництва, де досвід примирювальних рад в Норвегії отримав позитивну оцінку. За загальним визнанням, він сприяє зниженню соціальної напруженості, кращому забезпеченню інтересів жертв, здійснює виховний вплив на правопорушника і в цілому є важливим профілактичним фактором.

Згідно законодавства **Англії, Уельсу** успішне примирення сторін може бути взято до уваги при вирішенні судом питання про закриття кримінальної справи. Концепція завершення провадження по кримінальній справі у формі медіації в цілому виходить з прагнення примирити за допомогою громадськості потерпілого і особу, яка підлягає кримінальному переслідуванню, для того, щоб остання загладила заподіяну шкоду. Ця ідея виникла в кінці 70-х – початку 80-х років, коли англійці зацікавилися досвідом інших англосакських країн (США, Канади і Австралії). Проте, не дивлячись на те, що медіація стала відносно широко практикуватися в деяких регіонах Англії, вона дотепер не врегульована там нормами права, являючись виключно ініціативою юристів-теоретиків і громадськості. Тому існує безліч варіантів медіації, які залежать від місцевих особливостей.

Медіаційні процедури можуть використовуватися на різних стадіях кримінального процесу. Неформальний характер медіації, не закріплений в нормах права, часом не дозволяє навіть віднести її до числа юридичних інститутів. У ряді випадків вона більшою мірою нагадує програму кримінології. Проте для нас важливіше ті види медіації, які, будучи юридичним засобом, тягнуть за собою певні правові наслідки в системі кримінальної юстиції. Серед них прийнято виділяти *2 типи медіаційних процедур* (в залежність від стадії процесу, де вони застосовуються): судову медіацію і поліцейську медіацію.

Судова медіація (досвід Ковентрі, Лідса, Вулверхемптона) використовується у всіх категоріях справ. Вона тісно пов'язана з відомою в Англії процесуальною особливістю, існуючою зараз і в багатьох країнах континентальної Європи, – відкладенням проголошення вироку і призначення покарання після визнання особи винною. Іншими словами, між розглядом двох ключових питань – про винність і покарання – має місце, як правило, тривалий проміжок часу (і не тільки в суді присяжних) з метою збору інформації про особу винного і т.д.

В цілому аналіз судової медіації приводить до очевидного висновку, що, будучи достатньо своєрідною формою вирішення в Англії конфліктів між обвинуваченим і потерпілим й, заповнюючи якоюсь мірою відсутність там інституту цивільного позову в кримінальному процесі, вона проте не є альтернативою традиційному кримінальному переслідуванню. Останнє зберігається тут повною мірою, як, втім, і не менш традиційне покарання, яке може бути лише пом'якшеним.

Інша картина постає при зверненні до другого типу медіації – так званої *„поліцейської медіації”,* перші спроби якої були проведенні в Екстері, Сендуеллі і Кумбрії (регіон на Північному Заході Уельсу). Спочатку поліцейська медіація розвивалася як альтернативний спосіб реакції на злочини тільки у справах неповнолітніх. Дещо пізніше (в 1986 році) в Ноертомптоншірі, а потім в Іпсвічі і Саффолкє створюються і перші програми медіації, що стосуються всіх осіб старших 15 років. Хоча на практиці, якщо не рахувати окремі британські регіони,

де дана міра дотепер в основному застосовується у сфері ювенальної юстиції, майже не викликає сумнівів той факт, що практика медіації у справах повнолітніх отримає подальше розповсюдження. Суть поліцейської медіації полягає в тому, що поліція перед ухваленням рішення про порушення кримінального переслідування передає справу в службу медіації, що зазвичай складається з членів служби пробації представників відповідних громадських організацій, а іноді і самих поліцейських. Далі проводиться примирювальна процедура, коли медіатор (посередник) по черзі зустрічається з потерпілим і особою, що підлягає кримінальному переслідуванню, намагаючись знайти шлях до компромісу – укладення угоди про відшкодування шкоди. Очна зустріч всіх трьох можлива, але не обов'язкова. Якщо вона і має місце, то, як правило, тільки після того, як обговорені всі попередні деталі угоди про відшкодування шкоди. Форми відшкодування можуть бути найрізноманітнішими: виплата грошової суми, письмові вибачення, відшкодування шкоди власною працею на благо самого потерпілого або громадськості в цілому.

У разі успіху медіації й укладення відповідної угоди, поліція відмовляється від кримінального переслідування і не дає справі подальшого ходу, обмежуючись звичайним попередженням (формальним або офіційним). В цьому значенні інститути попередження і медіації як альтернативи кримінальному переслідуванню тісно пов'язані між собою.

Конкретні умови, що допускають застосування поліцейської медіації, мають свої нюанси в різних британських областях. Скажімо, в Нортемптоншірі, де медіацією займаються спеціальні „бюро для повнолітніх”, відкриття примирювальної процедури залежить від оцінки п'яти критеріїв: 1) типу і тяжкості злочинного діяння; 2) наявності публічного інтересу в кримінальному переслідуванні; 3) ступеня достатності доказів для визнання особи винною, якщо справа потрапить в суд; 4) визнання цією особою всіх встановлених поліцією обставин справи; 5) інтересів потерпілого.

Якщо медіаційна процедура відбулася і угода між сторонами була укладена, то для звільнення особи від кримінального переслідування не потрібно чекати, поки вона виконає всі умови угоди. Достатньо самого факту укладення угоди. В тому разі, якщо особа, звільнена від кримінального переслідування, не виконує своїх зобов'язань, порушуючи таким чином угоду (ситуація нетипова, але можлива), потерпілому може бути надана юридична допомога для пред'явлення позовних вимог в порядку цивільного судочинства. Проте відновлення кримінального переслідування за цією підставою не допускається.

В цілому медіація як форма закінчення поліцейського розслідування і одночасно альтернатива подальшому кримінальному переслідуванню знаходить в Англії все більше число прихильників. Разом з тим вона ще не набула, подібно інституту попередження, масштабів масового реагування держави на злочини. Її практикують поки лише в окремих регіонах Англії і Уельсу.

В цілому діапазон технологій і моделей реалізації інституту закриття кримінальної справи у зв’язку з примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим у всьому світі надзвичайно широкий.

Про інтерес, що росте, до цієї проблеми в країнах Європи і Африки свідчить ряд великих міжнародних конференцій, проведених в Іспанії, ФРН і Нігерії, в центрі уваги яких були альтернативні форми відправлення правосуддя по

кримінальних справах. Важливе місце цій проблемі було приділено і на IX конгресі ООН з попередження злочинності і поводження з правопорушниками. Було рекомендовано ширше використовувати процедури посередництва і примирення, активніше використовувати досвід тих країн, де департаменти пробації і інші громадські служби або асоціації, що мають справу із злочинцями і потерпілими, заохочують врегулювання конфліктів між ними без судового розгляду по кримінальних справах.

Кримінальне та кримінально-процесуальне право України також закріплює таку підставу закриття кримінальної справи, як примирення обвинуваченого, підсудного та потерпілого. Однак, на практиці дана підстава закриття кримінальної справи не використовується повною мірою через відсутність законодавчого врегулювання самої процедури примирення. Тому нашому законодавцю слід звернути увагу на законодавче врегулювання процедури примирення враховуючи напрацьований досвіт вищевказаних країн.

ПОПЕРЕДНІЙ ТА ПОДАЛЬШИЙ СУДОВИЙ ЗАХИСТ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ПОЛЬЩІ

Верба О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В результаті правової реформи в Україні відбувається процес новелізації правових актів, що регулюють виконавче провадження з метою підвищення його ефективності. Але навіть найдосконаліша система норм права, що регулюють виконавче провадження, і найкраще організована система органів, які виконують рішення судів та інших юрисдикційних органів, не принесуть очікуваних результатів, якщо боржник не володіє відповідним майном, на яке можна звернути стягнення. Тобто, майновий стан боржника є об'єктивним чинником, що визначає ефективність виконання. Однак, якщо процес захисту прав, який реалізується на стадії виконавчого провадження за відсутності добровільного виконання рішень, є недієвим через недосконалості у правовому регулюванні, це свідчить про недоліки у роботі законодавця, що можна вважати суб'єктивним чинником ефективності виконавчого провадження.

Внесення змін до нормативних актів про виконавче провадження не завжди приносять очікувані результати. В даному випадку корисним є вивчення аналогічних правових інститутів зарубіжних держав, зокрема Польщі, і можливості їх застосування у національному правовому регулюванні.

Так, згідно з офіційною статистикою, близько 40 % судових рішень на Україні не виконується. Це означає, що 40 % законних інтересів осіб, які отримали справедливе судове рішення, не можуть бути реалізовані. А в державах Євросоюзу виконується 80 % рішень.

Роль суду у виконавчому провадженні в цілому характеризується здійсненням ним попереднього і подальшого захисту. В юридичній літературі деякі автори вживають терміни "попередній" та "наступний" або "подальший судовий контроль", однак, вважаємо, що особа, в першу чергу, звертається до суду з метою *захисту* своїх порушених, невизнаних, або оспорюваних прав, свобод чи інтересів (ч. 3 ст. 8 Конституції України, ст. 3 ЦПК України), тому і функцію суду називаємо функцією захисту.

Попередній судовий захист полягає в тому, що суд дає санкцію (дозвіл) на вчинення процесуальної дії (роз'яснює судовий акт, змінює спосіб і порядок виконання і т. д.). Подальший судовий захист полягає в здійсненні судом нагляду відносно вже вчиненої виконавчої дії і виражається, як правило, в розгляді судом скарг на дії (бездіяльність) державного виконавця.

За законодавством Польщі органами примусового виконання є районний суд (s№d rejonowy) і судовий виконавець (komornik s№dowy), який є публічною посадовою особою, що функціонує при районному суді (ст. 758 ЦПК РП). Основним органом примусового виконання є судовий виконавець; він виконує усі виконавчі дії, за винятком тих, які належать до компетенції районного суду (ст. 759 § 1 ЦПК РП).

© Верба О., 2008

Суд, як "виконавчий орган" (орган, який безпосередньо здійснює виконавчі дії), ЦПК РП наділений такими повноваженнями у виконавчому провадженні:

- при зверненні стягнень на нерухомість (egzekucja ńwiadczec pieniкїnych z nieruchomoњsi) (здійснює нагляд за публічними торгами (аукціоном) (licytacja) (ст. 972 – 986 ЦПК РП); визначає переможця серед осіб, які беруть участь в публічних торгах (аукціоні), – особу, що запропонувала найвищу ціну за річ (przybicie) (ст 987 – 997 ЦПК РП); присуджує право власності на річ, продану з публічних торгів (аукціону), (przys№dzenie wiasnoњsi) (ст. 998 – 1003 ЦПК РП));
- ухвалює рішення про початок примусового виконання шляхом встановлення управління прибутками певної юридичної особи (це такий вид майнового стягнення, який може бути застосований до боржника, що провадить господарську діяльність у формі підприємства або сільськогосподарського підприємства і допускається з доходів, отримуваних боржником з цієї діяльності, шляхом встановлення постановою суду примусового управління цим підприємством) (postanowienie s№du o egzekucji przez zarz№d przymusowy) (ст. 1064^{1} – 1064^{13} ЦПК РП);
- ухвалює рішення про примусове виконання шляхом продажу підприємства або сільськогосподарського підприємства (postanowienie s№du o egzekucji przez sprzedaї przedsiкbiorstwa lub gospodarstwa rolnego) (ст. 1064^{14} – 1064^{23} ЦПК РП);
- також суд наділений певними повноваженнями при зверненні немайнових стягнень, виконанні зобов'язань (egzekucjк ńwiadczenia), вчинення дії (wykonanie czynnoњsi), утримання від вчинення дії (zaniechanie), неперешкоджання (nieprzeszkadzanie) (ст. 1049 – 1059 ЦПК РП).

Як зазначають Марчіняк А. та Маршалковська-Кжесь Е., між судовим виконавцем і районним судом в силу приписів ЦПК РП виникають численні процедурні (процесуальні) зв'язки, що забезпечують судовий контроль і нагляд за діями виконавця (nadzyr judykacyjny s№du nad czynnoњciami komornika). Контроль і нагляд здійснюються з допомогою:

1. спеціальних засобів правового захисту (скарги) (szcegylne ńrodki zaskarїenia), що застосовуються на стадії виконавчого провадження. До особливих (спеціальних) засобів захисту належать, перш за все:

- скарга на дії виконавця (skarga na czynnoњsi komornika) (ст. 767 ЦПК РП), а також
- застереження проти визначення судовим виконавцем в процесі звернення стягнення на рухоме майно ціни (вартості) цього майна (ст. 853 § 2 ЦПК РП) і проти плану розподілу суми, отриманої в результаті стягнення (ст. 1027 § 2 і 3 ЦПК РП) (zarzuty przeciwko planowi podziaiu sumy uzyskanej z egzekucji).

Скарга на дії судового виконавця є основним інструментом (засобом) судового контролю за діями виконавця з огляду на її широку сферу застосування. Вона (скарга на дії виконавця) може бути спрямована на будь-яку виконавчу дію, вчинену виконавцем, незалежно від виду цієї дії, вона теж може бути спрямована і на невчинення дії виконавцем.

Судовий контроль за діями виконавця, який здійснюється на підставі другого засобу захисту – застереження проти плану розподілу суми, отриманої в результаті стягнення, – як випливає з його назви, зводиться до перевірки (перегляду) складеного виконавцем плану розподілу суми, отриманої в результаті стягнення.

2. нагляду, який здійснюється на підставі посадових обов'язків судді (nadzyr stosowany z urzkdu). Юридичними підставами наглядової діяльності суду за діями виконавця, яка здійснюється на підставі посадових обов'язків судді (dziaiania nadzyrcze s№du z urzkdu), є ст. 759 § 2, 960, 972, 1035 ЦПК РП.

Норма ст. 759 § 2 ЦПК РП уповноважує суд видавати на підставі його посадових обов'язків вказівки (розпорядження) виконавцеві, спрямовані на належне вчинення виконавчих дій, і на усунення порушень. Сфера застосування цієї норми є предметом дискусії у науці цивільного процесуального права Польщі. Вчені погоджуються, що нагляд за діями виконавця відповідно до ст. 759 § 2 ЦПК РП не може стосуватися всіх дій виконавця, оскільки це призвело б до цілковитого нівелювання спеціальних засобів правового захисту (скарг) (szcegylne њrodki zaskarїenia) на стадії виконавчого провадження. З іншого боку, вважається, що застосування норми ст. 759 § 2 ЦПК РП не можна обмежити лише випадками чітко передбаченими законом (наприклад, щодо контролю судді за проведенням публічних торгів (аукціону) згідно з ст. 972 ЦПК РП, або контролю суду за зверненням стягнення з нерухомості за ст. 960 ЦПК РП), оскільки це свідчило б про непотрібність такої норми. Окрім цього, привертає увагу надто широка сфера судового нагляду за ст. 759 § 2, яка б порушувала принцип диспозитивності у виконавчому провадженні. Верховний Суд (S№d Najwyїszy) в рішенні від 12.03.1975 III CRN456/74 ухвалив, що передбачений у ст. 759 § 2 ЦПК РП нагляд суду за виконавчим провадженням може стосуватися не лише його формальної сторони, а й змістовної (обставин), при чому він має належно гарантувати і охороняти права не тільки кредитора, а всіх учасників цього провадження.

На підставі таких теоретичних обґрунтувань обмеження повноважень суду щодо нагляду за виконавцем полягають у такому:

1. суд не може заміняти сторін провадження у поданні клопотань, необхідних для вчинення певної виконавчої дії (наприклад, щодо призначення других публічних торгів (аукціону) – ст. 983 ЦПК РП);,
2. неможливе скасування вже вчинених виконавчих дій (які мають фактичний, мануальний характер), які вже за їхньою суттю не можуть бути скасовані (наприклад, відкриття помешкання – ст. 814 ЦПК РП), або виконавчих дій, після вчинення яких вже настали матеріально-правові наслідки (наприклад, продаж арештованого рухомого майна – ст. 864 § 2, 865 ЦПК РП);
3. не можна скасовувати або змінювати постанови виконавця після набрання ними юридичної сили (чинності).

Судовий нагляд за діяльністю виконавця в порядку ст. 960 ЦПК РП полягає у контролі відповідності вимогам права виконавчого провадження, пов'язаного із зверненням стягнення з нерухомості, за винятком земельних ділянок. Згідно з цим положенням після повідомлення про проведення публічних торгів (аукціону) виконавець подає акт судові, який, в разі виявлення у ньому неточності

(помилки) (niedokiadnoњж) або дефектності (wadliwoњж), доручає виконавцеві їх усунути. Слід погодитися, що нагляд суду відповідно до зазначеної вище норми охоплює усі попередні дії судового виконавця, вчинені в процесі звернення стягнення з нерухомості, включно з повідомленням про проведення публічних торгів (аукціону).

Судовий нагляд за діяльністю виконавця відповідно до ст. 972 ЦПК РП стосується виключно реалізації нерухомості, на яку звернено стягнення (egzekucyjna licytacja nieruchomoњsi). Предметом цього нагляду є всі дії виконавця, вчинені під час примусової реалізації нерухомого майна. Суддя, який здійснює нагляд за проведенням публічних торгів (аукціону), слідкує, щоб вони були проведені згідно з вимогами закону. Суддя може видавати виконавцеві обов'язкові до виконання вказівки, що входить до його посадових повноважень, за правилами ст. 759 § 2 ЦПК РП, як і спрямовані на забезпечення належного перебігу публічних торгів (аукціону), а також усувати виявлені порушення (uchybienia). Цей суддя також розглядає скарги, які подаються усно на дії судового виконавця під час примусової реалізації нерухомого майна (ст. 986 ЦПК РП).

Судовий нагляд, що здійснюється згідно зі ст. 1035 ЦПК РП зводиться до перевірки складеного судовим виконавцем плану розподілу суми, отриманої в результаті стягнення. В межах цього виду нагляду суд може вносити до плану зміни та доповнення.

Отже, як випливає з наведеного, районний суд за законодавством Республіки Польща наділений повноваженнями з попереднього та наступного судового захисту, а також здійснює нагляд за судовим виконавцем в порядку підлеглості. Це і спричиняє такий високий показник ефективності виконання рішень судів та інших юрисдикційних органів у Польщі.

Участь суду у виконавчому провадженні є гарантією забезпечення законності під час виконання судових рішень та рішень інших юрисдикційних органів. Тому вважаємо, що українському законодавцеві слід наділити суд ширшими повноваженнями на стадії виконавчого провадження, що, в свою чергу, встановить реальний і дієвий контроль за процесом примусового виконання, підсилить гарантії учасників процесу щодо реального захисту (поновлення) їхніх прав.

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ МИТНОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Нині Україна як незалежна суверенна держава прагне посісти відповідне місце в міжнародних торгових відносинах. Це зумовлено загальносвітовою тенденцією розвитку національних економік, який є неможливим без розширених зовнішньоекономічних зв'язків.

Відповідно до задекларованих на законодавчому рівні положень, Україна прагне до членства в Європейському Союзі (далі – ЄС).

ЄС – це спільнота з двадцяти семи держав-учасниць, територія яких становить єдину митну територію. Об'єднання митних територій держав ЄС зумовлено існуванням митного союзу між державами-учасницями, що було визначено ще в первинному законодавстві ЄС. Зокрема в Договорі про створення Європейської Спільноти, у статті 23 передбачено, що митний союз становить основу Спільноти. Метою створення митного союзу в межах ЄС є сприяння гармонійному розвитку світової торгівлі, поступовому скасовуванню обмежень міжнародної торгівлі та прямих іноземних інвестицій, а також спрощенню митних та інших бар'єрів.

З метою реалізації поставлених в установчих документах ЄС цілей, Радою ЄС у 1992 році було прийнято Митний Кодекс ЄС (Рішення Ради № 2913/92). Даний Кодекс був запроваджений у життя на початку становлення ЄС і на той час відігравав значну роль у регулюванні митних відносин. Митний Кодекс ЄС 1992 року представляв собою синтез напрацювань і досвіду країн-учасниць тогочасного ЄС, з урахуванням загальносвітових тенденцій розвитку митного законодавства.

Враховуючи розвиток ЄС та розвиток міжнародної торгівлі в рамках світового співтовариства, а також загальносвітові тенденції до спрощення ведення міжнародної торгівлі, ЄС було прийнято рішення про модернізацію існуючого митного законодавства. У 2004 році на розгляд Ради ЄС представлено проект нового Митного Кодексу ЄС (*Проект включено до законодавчих робіт Комісії під номером 2004/TAXUD-015*).

У обґрунтуванні до проекту було вказано, що діючий Митний Кодекс є застарілим і не відповідає рівню сучасного розвитку міжнародних торгівельних відносин. Крім того, зазначалось про зростання рівня використання інформаційних технологій та електронного обміну даними у сфері митної справи, що потребувало відповідного закріплення на законодавчому рівні. Оскільки діючий Митний Кодекс ЄС приймався раніше, то на сьогодні він стримує ефективність здійснення митних процедур і митного контролю, які ґрунтуються на аналізі ризику на внутрішньому ринку ЄС. Також прийняття нового Митного кодексу ЄС зумовлено вимогами спрощення митних процедур та створення ефективніших форм митного контролю на зовнішньому кордоні ЄС у міжнародному товарообігу, на які ЄС погодився відповідно до Намірів Розвитку з Дохи в рамках СОТ.

© Мостовий А., 2008

Отже, головними напрямами розвитку митного права в ЄС є спрощення митних процедур та запровадження інформаційних технологій при їх здійсненні.

Така модернізація була б неможливою лише через внесення змін до діючого Митного кодексу ЄС. Такі зміни, на думку європейських законодавців, потребують прийняття нових нормативних актів. З цією метою, окрім проекту нового Митного кодексу ЄС в 2006 було представлено проект Виконавчих приписів до Митного кодексу (*Проект включено до законодавчих робіт Комісії під номером TAXUD/1250/2005.*)

Ці два нормативні акти повинні бути вихідною точкою нової хвилі розвитку митного законодавства ЄС та збільшення товарообігу з третіми країнами.

Прийняття модернізованого Митного кодексу ЄС, спрощення митних процедур і уніфікація норм відповідно до спільних стандартів для інформаційних систем дозволить:

- запровадити так звану «е-адміністрацію» у сфері тарифних заходів;
- у відповідності до ініціативи «кращого застосування права», спростити і більш прозоро систематизувати приписи у сфері митного права й зібрати в одному нормативному акті норми з різних актів у цій сфері;
- збільшити конкурентоспроможність європейських підприємств та їх партнерів у третіх країнах, що буде сприяти економічному розвитку;
- збільшити безпеку на зовнішньому кордоні ЄС від моменту запровадження спільних стандартів (щодо аналізу ризику) й управління ними за допомогою інформаційних систем;
- зменшити ризик фінансових зловживань;
- поглибити єдність з іншими політиками ЄС, такими як податкова, сільськогосподарська, торгівлі, навколишнього середовища, здоров'я та захисту споживача;
- забезпечити ефективний процес прийняття виконавчих приписів, вказівок і тлумачення, а також надати право Комісії вимагати від національних адміністрацій скасування невідповідних рішень.

Запропонований проект Митного кодексу містить зміни не тільки щодо запровадження інформаційних систем у сферу митної адміністрації, а й зміни стосовно системи митних режимів. Зміни у системі митних режимів полягають, перш за все, у спрощенні й гармонізації норм щодо перевезення товарів через зовнішній кордон ЄС. Також слід зазначити, що зміни в системі митних режимів були впроваджені відповідно до практики застосування кожного з видів митних режимів ЄС.

Врахування тенденцій розвитку митного права ЄС і перейняття досвіду у сфері врегулювання митних відносин дозволить створити необхідні умови для прискорення вступу України до ЄС, а також збільшити частку українських товарів в міжнародному товарообороті.

КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ

Михайлів М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасних умовах економічний стан країн багато в чому визначається розміром та ефективністю використання її науково-технічного потенціалу, який не може успішно розвиватися без входження країни в систему міжнародних науково-технічних зв'язків. Всі ці фактори складають об'єктивну основу активізації науково-технічної взаємодії, міжнародного розподілу праці, спеціалізації та кооперування не тільки виробництва, але й науково-технічних досліджень та інтеграцій у світовому масштабі. Поряд з цим, складнощами опанування процесу науково-технічного прогресу критерієм економічного розвитку індустріальних країн поряд з досягненнями в виробництві продукції, все більше стає науково-технічний рівень національних господарств.

Міжнародно-технічні зв'язки можна розуміти як комплекс різноманітних відносин, що виникають як на рівні держави, так і на рівні підприємств та організацій різних країн, які пов'язані з організацією процесу наукових досліджень та розробок, а також – їх використанні. Некомерційні зв'язки реалізуються через обмін науково-технічними публікаціями, міжнародне спілкування вчених, безкоштовну міжнародну технічну допомогу тощо. До некомерційних науково-технічних відносин може також належати діяльність міжнародних урядових та неурядових науково-технічних та неприбуткових організацій. Некомерційний аспект науково-технічних відносин є важливим для гармонійного існування розвинених країн, а саме реалізація його через надання міжнародної технічної допомоги.

З часу набуття Україною незалежності основними донорами, передусім США, Канадою, ФРН, Нідерландами, Великобританією, Швецією, Швейцарією, Японією, Європейським Союзом, ООН, виділено понад 5 млрд. доларів США для реалізації проектів міжнародної технічної допомоги. На початковому етапі (1991-1997 роки) донори приділяли увагу питанням розбудови основних засад та інфраструктури ринкової економіки, у наступному періоді (1997-2004 роки) — поглибленню структурних, правових реформ, демократизації суспільства, забезпеченню сталого економічного піднесення, екологічної та ядерної безпеки, поліпшенню якості життя людей у регіонах, відродженню культури та духовності.

Так, донорами надано істотну допомогу у підвищенні спроможності органів державної влади щодо розроблення державної бюджетної та податкової політики, у дерегуляції підприємницької діяльності, розширенні можливості підприємців отримувати мікрокредити, зміцненні банківського сектору, вдосконаленні законодавства, розвитку ринково орієнтованого сільськогосподарського сектору, поліпшенні фінансового стану енергетики, ефективному використанні енергоресурсів, значному підвищенні рівня безпеки атомних електростанцій, зміцненні репродуктивного здоров'я населення, профілактиці різних хвороб, зокрема ВІЛ/СНІДу та туберкульозу, створенні засад сучасної сімейної медицини.

© Михайлів М., 2008

Відносини з надання міжнародної технічної допомоги носять міжнародний або транскордонний характер, оскільки специфікою останніх є наявність так званого "іноземного елементу". А тому правове регулювання відносин з надання міжнародної технічної допомоги здійснюється не лише внутрішнім національним законодавством, а й міжнародними договорами, які пройшли процедуру ратифікації і стали частиною національного законодавства.

Правовідносини, які виникають між донором та реципієнтом щодо надання міжнародної технічної допомоги є міжнародними приватно правовими відносинами і базуються на договорі. А тому для правового регулювання останніх може застосовуватися як законодавство реципієнта так і законодавство іноземної держави, тобто особистий закон донора. Саме питання щодо визначення правопорядку, що буде регулювати правовідносини з надання міжнародної технічної допомоги і з метою уникнення різних підходів у врегулюванні таких правовідносин у законодавстві різних держав, виникає потребу у застосуванні колізійного методу правового регулювання, який покликаний таку колізію чи такий конфлікт норм врегулювати за допомогою так званої колізійної норми.

Однією з важливих проблем, пов'язаних з регулюванням відносин з участю іноземного елементу є відсилання до норм національного законодавства. Термін "механізм колізійного регулювання" в сучасному міжнародному приватному праві пропонується тлумачити як нормативні (законодавчі) засоби розмежування компетенції правопорядків, що регламентують невладні (приватні) відносини, ускладнені іноземним елементом, та відшукуванням належного порядку для регулювання цих відносин. На сучасному етапі ця функція виконується колізійними нормами та положеннями, що регламентують дії колізійних норм.

Отже, під механізмом колізійного регулювання в міжнародному приватному праві слід розуміти втілені у національному законодавстві способи та принципи вирішення колізійних питань. Характерною особливістю механізмів колізійного регулювання є наявність відсильної функції, тобто, умови, яка вказує на критерії розмежування компетенції національних правопорядків. Отже, на результат застосування колізійних норм справляє суттєвий вплив зміст колізійних норм того правопорядку, до якого здійснюється відсилання.

В контексті регулювання відносин з надання міжнародної технічної допомоги важливе значення має дослідження колізійних норм, які застосовуються в цій області. Слід відзначити, що при визначенні поняття колізійної норми, підходи авторів англійської та континентальної системи права загалом співпадають. Колізійна норма визначається як норма, яка вказує, який закон належить до застосування в тих чи інших правовідносинах, ускладнених іноземним елементом.

Водночас позиції різних вчених щодо ролі і призначення колізійної норми розходяться. Одні (Лунц П. А., Богуславський М. М., Перетерський І. С., Крилов С. Б., Мадль Ф., Векас А.) відстоюють позицію, що колізійна норма, вказуючи на те, закони якої країни повинні застосовуватися разом з матеріально-правовою нормою, до якої вона відсилає, встановлює правила поведінки для учасників цивільно-правового обороту. Інші автори не вважають, що колізійні норми регулюють цивільні правовідносини, укладені іноземним елементом, оскільки їх функція помагає лише в одному – відіслати ці відносини до відповідної

національної правової системи (Матвєєв Г. К., Левікін А. Б.). Друга позиція видається більш обґрунтованою, оскільки регулювання відносин здійснюється не безпосередньо колізійною нормою, а національним законодавством, до якого вона відсилає.

Останнім часом посилилась тенденція до заміни формальних колізійних прив'язок, відшуканням національного правопорядку, з яким найбільш тісно пов'язане певне правовідношення. Аналіз нових законодавчих актів в області міжнародного приватного права дає можливість зробити висновок, що принцип найбільш тісного зв'язку має місце не лише в англо-американському праві, але в континентальному праві.

Таким чином, приватні відносини з надання міжнародної технічної допомоги регулюються окрім міжнародних договорів також положеннями національного законодавства. Звідси необхідно визначитися з колізійними прив'язками у разі надання міжнародної технічної допомоги. В цьому аспекті слід розглянути типи колізійних прив'язок, що можуть застосовуватись.

Предмет міжнародної технічної допомоги у вигляді певного обладнання та інших речей до моменту передання реципієнта є власністю донора. Загальновизнаною колізійною прив'язкою щодо права власності є закон країни, на території якої річ знаходиться. Отже, право власності на предмет міжнародної технічної допомоги, в тому числі правомочності донора, визначатимуться за законодавством країни місцезнаходження (проживання) останнього.

Стосовно власності на рухоме майно, яке знаходиться в дорозі, застосовується закон країни, з якої річ відправлялася, або місця призначення. В контексті відносин з надання міжнародної допомоги повинна діяти презумпція, згідно якої право власності на предмет цієї допомоги у вигляді обладнання (речей) до моменту передання реципієнту, буде визначатися за законодавством країни – місця знаходження (місце проживання) донора.

З моменту передання речей, які складають предмет міжнародної технічної допомоги реципієнту, право власності на такі об'єкти буде визначатися за законодавством країни – місцезнаходження (проживання) реципієнта (виконавця), тобто України. Такий висновок випливає з того, що предмет міжнародної технічної допомоги передається реципієнту на безповоротній основі і відповідно правовий режим повинен визначатись за законодавством країни, де знаходиться реципієнт. Але на наш погляд, застосування колізійної прив'язки, яка визначає право власності на предмет міжнародної технічної допомоги не достатньо для з'ясування правового режиму надання такої допомоги.

Метою міжнародної допомоги є сприяння проведення реформ та вирішення проблем соціально-економічного характеру. Міжнародна допомога може використовуватися лише для цілей, визначених відповідними проектами (програмами). Звідси, безпосередній зв'язок міжнародної допомоги з реалізацією проекту, погодженого донором та реципієнтом в договорі про надання такої допомоги. Тому, на наш погляд, визначаючись із національним законодавством слід виходити з наступного критерію: з якою національною правовою системою найбільш тісно пов'язане дане правовідношення. Оскільки проект (програма), під яку надається міжнародна технічна допомога покликана сприяти здійсненню реформ та вирішенню завдань соціального та економічного характеру, то

колізійна прив'язка повинна відсилати до законодавства країни, на території якої реципієнтом (виконавцем) реалізуються заходи в рамках надання цієї допомоги.

На сьогоднішній день діє Закон України від 23 червня 2005 року "Про міжнародне приватне право", що є правовим регулятором міжнародних приватно-правових відносин ускладнених іноземним елементом. Саме такі відносини з іноземним елементом регулюються за допомогою колізійних норм. Нажаль цей Закон не передбачає колізійних норм щодо правового регулювання відносин з надання міжнародної технічної допомоги. Тому видається за необхідне такі колізійні норми передбачити в спеціальному законі, який регулюватиме відносини з надання міжнародної технічної допомоги. А саме в зазначеному законі передбачити положення такого змісту: "Відносини з надання міжнародної технічної допомоги регулюються міжнародними договорами України та національним законодавством країни, на території якої здійснюється реалізація реципієнтом (виконавцем), погодженого з донором проекту (програми)".

Слід одразу зауважити, що на даний момент не існує міжнародного документу, який би встановлював загальні правила та вимоги до діяльності з надання міжнародної технічної допомоги. На нашу думку потреба у такому акті (наприклад, у формі Конвенції про міжнародну технічну допомогу) існує. Вона обумовлюється, по-перше, потребою у закріпленні загальних правил про порядок надання міжнародної допомоги донорами та її використання реципієнтами.

ОСОБЛИВОСТІ ПРИЙНЯТТЯ ТА ПРИРОДА РІШЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ США

Ригіна О.

Львівський національний університет ім. Івана Франка

Особливість американської правової системи полягає в тому, що вища судова інстанція держави – Верховний Суд США після заслуховування доводів сторін по справі та дослідження письмових доказів відразу не виносить рішення. Протягом тижня цей Суд може заслухати сторони більше як у 12 справах, а потім тільки оголосить перерву для прийняття рішень по них та їхнього письмового оформлення.

Обговорюючи доводи сторін та досліджуючи письмові докази при прийнятті рішення, судді Верховного Суду, здебільшого, намагаються прийти до єдиної думки, яку матеріалізують в рішенні. Проте, якщо їхні міркування не співпадають, судді можуть викласти окремо думку більшості, окремо – тих суддів, що схиляються до міркувань більшості, але покликаються на інші аргументи та тих, які не погоджуються з думкою більшості взагалі. Таким чином, в одному рішенні Суду можуть бути викладені три різні думки суддів по одній справі.

Однією з особливостей судової влади, яка відрізняє її від виконавчої та законодавчої, є остаточний характер його рішень. В 1948 р. по справі „Chicago & S Air Lines v. Watermann S. S. Corporation" Верховний Суд вказав, що „рішення, винесені судами в межах повноважень, якими вони наділені ст. 3 Конституції, не можуть ревізуватися або переглядатися, навіть, законним шляхом; департаменти уряду не повинні до них ставитися без довіри і поваги".

Рішення по справах Верховний Суд приймає у складі суддів в спеціальній кімнаті для нарад у атмосфері цілковитої таємності. В 1973, 1976, 1979 рр. мали місце скандали, пов'язані з розповсюдженням інформації, так, в 1979 р. одне з майбутніх рішень було повідомлено засобам масової інформації за декілька днів до його винесення Судом. Згодом, виявилося, що в розповсюджені інформації був винен спеціаліст з магнітного запису, який негайно був звільнений з посади.

Формальний акт прийняття рішення по справі здійснюється у формі таємного голосування більшістю голосів суддів. До часу, поки рішення не оприлюднене, будь-який суддя Верховного Суду може змінити свою думку по справі.

Як зауважив американський професор Дж. П. Джонс, на відміну від деяких сучасних конституцій, Конституція США не зобов'язує суддів викладати свої рішення у письмовій формі, але суди, у тому числі і Верховний Суд, з самого початку їхнього заснування запровадили практику видання не тільки рішень у письмовій формі, але й окремих думок судів. Якщо в судах Великобританії прийнято публікувати окремі думки кожного судді, який приймав участь в розгляді справи, то Верховний Суд США швидко прийняв альтернативну схему – сумісні думки пишуться одним з суддів і схвалюються іншими. Повний текст цих думок публікується. Суддів, які дотримувалися іншої думки, заслуховували, а їхні заперечення публікувалися разом з думкою чи думками більшості.

© Ригіна О., 2008

Коли Верховний Суд приймає рішення більшістю голосів по конкретній справі, яка не відзначається особливою складністю і не потрібно обґрунтовувати результати голосування, то рішення по такій справі може бути оголошено у формі „per curiam" – думка Суду. Таке рішення, як правило, стисле, воно не підписується суддями, така форма застосовується у випадках, коли думки суддів по окремій справі є одностайними.

Більш типовими є випадки, коли письмово оформлюється розгорнута думка більшості, але необхідно подати юридичну аргументацію рішення (навіть одностайного) для подальшої судової практики.

Якщо Головний суддя при голосуванні по справі підтримує думку більшості суддів, він може написати рішення Суду чи доручити це будь-кому з суддів Верховного Суду, який належить до цієї більшості.

Якщо під час голосування Голова Суду залишався в меншості, то право визначити автора майбутнього рішення належить найстаршому за строком перебування на посаді судді, який підтримав думку більшості.

В 1972 р. Головний суддя США У. Бергер залишився в меншості при голосуванні по справі про визначення конституційності законів штатів, які передбачали за деякі злочини покарання у вигляді смертної кари, але доручив написати рішення судді Блекману, який голосував разом з більшістю. Таке порушення „права старійшини більшості" (У. Дугласа) викликала різкий супротив з боку більшості суддів, в результаті, сам Голова Суду прийняв позицію більшості.

Суддя, який залишився при голосуванні в меншості, може викласти в письмовій формі індивідуально чи спільно з іншими суддями особливу („dissent" – неспівпадаючу) думку.

Суддя, який при голосуванні по конкретній справі зайняв позицію більшості користується правом написати свою особливу („opinion" – співпадаючу) думку, яка маже бути написана у двох формах. Перша форма, коли суддя притримується думки більшості за результатами голосування, але заперечує проти наявного обґрунтування доказів. Друга форма – суддя погоджується з думкою більшості, але пише свою „одностайну думку", оскільки йому не було доручено складати це рішення і у своєму поясненні він обґрунтовує мотиви приєднання до позиції більшості. Друга форма співпадаючої думки можлива у випадках, коли необхідно дати заперечення на „неспівпадаючу думку" меншості суддів.

Суддя, якому доручено написати рішення Суду, складає його проект, інші судді, які належать до цієї більшості, з ним ознайомлюються. Після ознайомлення з проектом, ці судді можуть підтримати відповідний проект або, у випадку несхвалення, розпочати писати власну особливу думку.

Як зауважив професор А. О. Жидков, цікавий випадок мав місце в 1959 р., тоді суддя У. Бреннан, якому доручили письмово оформити рішення по справі "Abbate v. United States" врахував при його написанні позицію 5 суддів з групи більшості, але, в кінцевому, написав свою „окрему співпадаючу думку".

Американські журналісти Б. Вудвордс та С. Амстронг розповідають, що коли суддя Ч. Віттейкер не написав рішення по справі, яке йому було доручено скласти, суддя У. Дуглас, який під час голосування не підтримав позицію більшості, завершивши письмове оформлення власної „неспівпадаючої думки", написав рішення замість судді Ч. Віттейкера.

Тим не менше, практика написання суддями Верховного Суду США „окремих думок" в рішенні по одній справі, на думку багатьох дослідників, свідчить про розкол Суду. Колишній Головний суддя Дж. Маршал спромігся того, що під час його перебування на посаді, він, фактично, викорінив практику написання суддями своїх „окремих думок", оскільки вважав, що престиж Суду зростатиме, якщо він буде „говорити в один голос". Таким чином, з 18 найбільш важливих рішень Верховного Суду з принципових конституційних питань, прийнятих за час головування Дж. Маршала, 10 були одноголосними.

В кінці XX ст. спостерігалося, що часто суддя, який повинен був оформити рішення, не отримував підтримки з боку інших суддів, оскільки вони більше прагнули написати свою „особливу думку". В результаті, написане рішення було не як „думка більшості", а як думка, яка „оголошує рішення Суду", або як воно називається в американській юридичній літературі – „плюралістичне рішення" (plurality decision). Наприклад, у період з 1900 по 1955 рр. таких рішень було 35, з 1955 по 1968 рр. – 43, а з 1969 по 1981 рр. – 95.

Коли текст рішення погоджений, воно оприлюднюється на відкритому засіданні Верховного Суду. Протягом тривалого часу, відповідно до складеної традиції, рішення оголошуються по понеділкам, але бувають випадки, коли вони можуть оприлюднюватися і в інші дні тижня.

Рішення Верховного Суду США мають остаточний характер і оскарженню не підлягають, а тому повинні виконуватися. Правда, рішення Верховного Суду можуть втратити свою юридичну силу тільки шляхом прийняття Конгресом відповідної поправки до Конституції, положення якої будуть суперечити рішенню.

На нашу думку, право на особисту думку судді при прийнятті рішення, безперечно, є проявом глибокої поваги до міркувань судді, навіть тоді, коли він не підтримує думку більшості з того чи іншого питання.

На нашу думку, поширена думка написання суддями Верховного Суду США окремих думок по конкретних справах є не стільки доказом, який свідчить про розкол Суду, як того, що кожен із суддів реалізує своє право висловити особисте міркування з приводу дослідження тих чи інших обставин справи і це його незаперечне право як судді вищої судової інстанції США.

ЗМІСТ

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Венецька О.
ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ СУДОМ СПРАВЕДЛИВОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СПІВТОВАРИСТВ 3

Гайова О.
ЗАКОН – ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА 6

Грищук О.
СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВА ЦІННІСТЬ 9

Добрянський С.
ЧИ ІСНУЮТЬ ВСЕЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРАВ ЛЮДИНИ? (У ПОШУКАХ ПОЗАКУЛЬТУРНИХ ОСНОВ ПРАВ ЛЮДИНИ)..... 13

Дудаш Т.
ВПЛИВ ПРАВОРОЗУМІННЯ НА ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ ЮРИДИЧНИХ НОРМ. 16

Коваль А.
ПРОБЛЕМИ УКРАЇНИ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ У КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД 1950 РОКУ ТА ПРОТОКОЛАХ ДО НЕЇ 19

Косович В.
ЗАКОНОДАВЧА ТЕХНІКА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА..... 22

Левицька Н.
НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА 26

Луць Л.
ПРАВОВА АНАЛОГІЯ 29

Монастирський О.
СФЕРИ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ УНІФІКАЦІЇ В УКРАЇНІ 32

Онишко Є.
СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 35

Стецик Н.
СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 38

Цебенко С.
КУЛЬТУРНІ ПРАВА ЛЮДИНИ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРАВОСЛАВНОЇ РЕЛІГІЇ 41

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Бойко І.
СОЦІАЛЬНО-ПОЛІТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ І ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПРИЄДНАННЯ ГАЛИЧИНИ ДО СКЛАДУ ПОЛЬСЬКОГО КОРОЛІВСТВА (1349–1569 РР.) 46

Гуменюк Г.
ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА «САКСОНСЬКОГО ЗЕРЦАЛО» ТА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ В ЄВРОПІ В ДОБУ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ 50

Довгань Г.
ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ В ПЕРІОД ВІДРОДЖЕННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВНОСТІ (1918-1920 РР.) 52

Кобилецький М.
НОМАРКТСЬКЕ (ШРЕДСЬКЕ) ПРАВО 55

Кольбенко А.
ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТА СУТЬ ІНКВІЗИЦІЇ 59

Липитчук О.
ДІЯЛЬНІСТЬ ДУХОВНИХ СУДІВ В МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ (1918−1939 РР.) 62

Моряк-Протопопова Х.
СТРУКТУРА ГАЛИЦЬКОГО НАМІСНИЦТВА (1849-1918 рр.) 65

Панич Н.
СПІВПРАЦЯ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ З ІНШИМИ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В ГАЛИЧИНІ У СКЛАДІ АВСТРІЇ ТА АВСТРО-УГОРЩИНИ (1849 – 1918 РР.) 69

Попович О.
ВІРМЕНСЬКИЙ СТАТУТ 1567 Р. ТА ЙОГО ВПЛИВ НА ПРАВОВИЙ СТАТУС ВІРМЕНСЬКИХ ГРОМАД ПОДІЛЛЯ 72

Сеньків Ю.
ВИНА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО 76

Тищик Б.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ, СУТЬ, ДЕРЖАВНИЙ УСТРІЙ ГАЛИЦЬКОЇ СОЦІАЛІСТИЧНОЇ РАДЯНСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ (1920 Р.) 80

Федущак-Паславська Г.
ОСНОВНІ НАПРЯМКИ ЦИВІЛІСТИЧНОЇ ДУМКИ У ЄВРОПІ КІН. XVIII – ПОЧ. XX СТ. 84

Шандра Р.
ОКРУЖНІ СУДИ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ 87

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Бориславський Л.
ПРОГАЛИНИ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ..... 91

Кобрин В.
ГЕНЕЗА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВЗАЄМОВІДНОСИН ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ З ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ..... 94

Левицька Г.
ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ В ПІВНІЧНОЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВАХ..... 98

Лунь З.
ПРО ПРОБЛЕМИ АКТІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ. 100

Пілат Є.
ФУНКЦІЇ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ 104

Сенюта І.
ЮРИДИЧНА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ОБОВ'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я..... 107

Чушенко В.
ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ ОСНОВНОГО ЗАКОНУ УКРАЇНИ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ..... 111

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

Коцюруба. О.
ОСОБЛИВОСТІ ФІНАНСУВАННЯ ПОЗАЧЕРГОВИХ ВИБОРІВ НАРОДНИХ ДЕПУТАТІВ У 2007 РОЦІ..... 114

Левкович В.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗБОРІВ 118

Ткач Г.
МЕЖІ ПОВНОВАЖЕНЬ АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ..... 121

Школик А.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР: ЗАГАЛЬНЕ ЧИ СПЕЦІАЛЬНЕ? 125

Янюк Н.
ПОНЯТТЯ І ПРИРОДА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО СПОРУ 128

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

Герц А.
НЕЗАВЕРШЕНЕ БУДІВНИЦТВО ЯК ПРЕДМЕТ ІПОТЕЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....132

Гнатів О.
ПОНЯТТЯ ПАЙОВИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ.....134

Джочка О.
ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАСТАВНОЇ.....137

Іваницька Н.
ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ПОНЯТТЯ ЛІЦЕНЗІЙНОГО ДОГОВОРУ НА ВИКОРИСТАННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ.....141

Квіт Н.
ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ІПОТЕЧНИХ ЦІННИХ ПАПЕРІВ В УКРАЇНІ.....144

Климовська І.
СУБ'ЄКТИ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА.....148

Лепех С.
ПРОБЛЕМА ЗАХИЩЕНОСТІ ПРАВ СПОЖИВАЧА БАНКІВСЬКИХ КРЕДИТНИХ ПОСЛУГ.....151

Лукасевин-Крутник І.
ПІДРЯДНИК У ДОГОВОРІ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ.....154

Мартин В.
ВИДИ СЕРВІТУТІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....158

Навроцька Ю.
МОЖЛИВІСТЬ ЗАОЧНОГО РОЗГЛЯДУ ПРИ УЧАСТІ У СПРАВІ ТРЕТІХ ОСІБ.....163

Сеник С.
ПОВНОВАЖЕННЯ ПРЕДСТАВНИКА В СУДІ.....167

Синчук С.
СОЦІАЛЬНО-СТРАХОВІ ПРАВОВІДНОСИНИ: ПРОБЛЕМА ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ.....170

Шама Н.
ПРАВОВИЙ СТАТУС СТОРІН СПАДКОВОГО ДОГВОРУ.....174

Яворська О.
МОДЕЛЬ РЕАЛЬНОГО ТА КОНСЕНСУАЛЬНОГО ДОГОВОРУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ.....179

Якубівський І.
ЗАКОН УКРАЇНИ „ПРО ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГІЙ": ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ З ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ.....184

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО ПРАВА ТА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Бурак В.
ДО ПОНЯТТЯ ЗАХИСНОЇ ФУНКЦІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА 188

Грицишина Л.
ПРАВО НА ПРАЦЮ ЧИ ПРАВО НА ЗАЙНЯТІСТЬ: ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ..... 191

Жолнович О.
СИСТЕМАТИЗАЦІЯ НОРМ, ЩО ЗАКРІПЛЮЮТЬ ОСОБЛИВОСТІ УМОВ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ ЗАЛЕЖНО ВІД ГАЛУЗІ ГОСПОДАРСТВА 194

Заболотна Н.
ТРУДОВА ФУНКЦІЯ НАУКОВО-ПЕДАГОГІЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ 197

Козак З.
ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ АКТІВ МОП ПРО ОХОРОНУ ПРАЦІ..... 200

Ласько І.
ПРО ПОНЯТТЯ «ФОРМА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ»..... 203

Лещух Д.
ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ПРАЦІВИКІВ 206

Парпан Т.
ПРАВОВІ ПІДСТАВИ УКЛАДЕННЯ СТРОКОВИХ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ..... 210

Терешко Х.
СОЦІАЛЬНІ РИЗИКИ ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ СФЕРИ СОЦІАЛЬНО-ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН 213

СЕКЦІЯ ЗЕМЕЛЬНОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Барабаш Н.
ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ, НАДАНИХ ДЛЯ КОРИСТУВАННЯ НАДРАМИ..... 215

Ващишин М.
ПРАВОВІ ФОРМИ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕЕНЯ 220

Пилипенко П.
ПРО ПОНЯТТЯ ПРАВА ДОВКІЛЛЯ..... 224

Федорович В.
МОРАТОРІЙ НА ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ: СКАСУВАТИ ЧИ ПРОДОВЖИТИ? 227

Чопко Х.
СПІВВІДНОШЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ТА ЕКОЛОГІЧНОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ.....230

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

Андріїв І.
КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬ ЗЛОЧИНИ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....232

Антонюк Н.
САМОВІЛЬНЕ ЗАЙНЯТТЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ: ЗМІСТ СУСПІЛЬНО-НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ 235

Боднарчук Р.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ З'ЯСУВАННЯ ОЗНАК СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА БАНКІВСЬКУ ЧИ КОМЕРЦІЙНУ ТАЄМНИЦЮ (СТАТТІ 231 ТА 232 КК УКРАЇНИ).....238

Бойко А.
КРИМІНОЛОГІЧНА ОЦІНКА ОКРЕМИХ НЕГАТИВНИХ РЕЗУЛЬТАТІВ РЕФОРМУВАННЯ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ ЗА РИНКОВИМ ТИПОМ 243

Брич Л.
ПРО КІЛЬКІСТЬ РОЗМЕЖУВАЛЬНИХ ОЗНАК У СУМІЖНИХ СКЛАДАХ ЗЛОЧИНІВ 245

Бурдін В.
ЧИ ВХОДИТЬ УСВІДОМЛЕННЯ ПРОТИПРАВНОСТІ ДІЯННЯ ДО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ОЗНАКИ ОСУДНОСТІ?.....249

Василаш В.
ОСОБЛИВОСТІ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН.....252

Гриниха І.

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ДІЙ ВИКОНАВЦЯ ПРИ ВЧИНЕННІ ЗЛОЧИНУ "ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ" (СТ. 304 КК УКРАЇНИ).....256

Довгань Н.
ДО ПИТАННЯ ПРО СПОСОБИ ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ СУДДІВ ЯК ОЗНАКУ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 376 КК УКРАЇНИ 260

Ждиняк Н.
ДЕЯКІ УМОВИ ЕФЕКТИВНОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НОРМ..... 264

Ковтун Н.
ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТУ ПОКАРАННЯ 267

Марисюк К.
ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У СФЕРІ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ 271

Маркін В.
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗДІЙСНЕННЮ РЕЛІГІЙНОГО ОБРЯДУ В ІСТОРІЇ ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 274

Палюх Л.
ДО ПИТАННЯ ПРО МОДЕЛЬ ІНСТИТУТУ ОБМЕЖЕНОЇ ВІКОВОЇ ОСУДНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ 279

Панчак О.
ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЛІНГВІСТИЧНОГО ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ 283

Прохоренко А.
ДО ПИТАННЯ ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЗЛОЧИН» ТА «СКЛАД ЗЛОЧИНУ» 287

Хилюк С.
ХАРАКТЕРНІ РИСИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НАУКИ УКРАЇНИ ПСЛЯ ВІДНОВЛЕННЯ ЇЇ ДЕРЖАВНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ (ПИТАННЯ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ)..... 289

Цюра А.
СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ:СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ..... 292

Ясеницький В.
СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ПРАВА ПАЦІЄНТА ... 295

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Анікіна Н.
ВИЗНАННЯ ПРАВА НА ЗАДОВОЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ ЗА ПРОЕКТОМ КПК УКРАЇНИ ТА БАЛАНС ПУБЛІЧНИХ І ПРИВАТНИХ ІНТЕРЕСІВ 298

Багрій М.
СИСТЕМА НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ ТАЇЇ ВИДИ..... 304

Бобечко Н.
ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОГО СЛІДСТВА СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ..... 307

Бойко В.
ОСКАРЖЕННЯ ДО СУДУ ПОСТАНОВИ ПРО ПОРУШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ. 310

Ващук Б.
НЕГАТИВНА ПОВЕДІНКА ПОТЕРПІЛОГО ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВПЛИВАЄ НА РОЗМІР ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 314

Гринишин А.
УЧАСТЬ «НАРОДНОГО ЕЛЕМЕНТА» У ВІДПРАВЛЕННІ ПРАВОСУДДЯ В КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ: ДО ПОСТАНОВКИ ПИТАННЯ 319

Гузела М.
ЗАСТОСУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ ПОЛОЖЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ (1950 Р.) СТОСОВНО НЕДОТОРКАНОСТІ ЖИТЛА. 322

Єзерський Р.
ДОКАЗОВЕ ЗНАЧЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНІКИ 325

Жолнович І.
ДОСЛІДЖЕННЯ ОЗНАК ЗОВНІШНОСТІ ОСОБИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СУДОВО-МЕДИЧНИХ ЕКСПЕРТИЗ 329

Калужна О.
УМОВИ ФОРМУВАННЯ (РОЗРОБКИ) КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ХАРАКТЕРИСТИК ОКРЕМИХ ВИДІВ ЗЛОЧИНІВ 331

Кваснікевич Л.
ГЕНЕЗИС ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗУПИНЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 336

Когутич І.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА-ЗАХИСНИКА У ХОДІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ 339

Котик З.
УЧАСТЬ ПРОКУРОРА В ДОКАЗУВАННІ В КОНТРОЛЬНИХ СТАДІЯХ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ 342

Лідовець Т.
ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ ЗА УЧАСТЮ БЕЗПОМІЧНИХ ПОТЕРПІЛИХ 345

Луцик В.
ПОВЕРНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ПРОКУРОРУ ПРИ РОЗГЛЯДІ СПРАВ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ТА ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ 348

Мурадов В.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТТЯ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗАСОБІВ У ПРОЦЕСІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ..... 351

Нор Н.
ІНТЕРПРЕТАЦІЙНІ ПРАВОПОЛОЖЕННЯ ПОСТАНОВ ПЛЕНУМУ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА ЇХ РОЛЬ У ЗАСТОСУВАННІ НОРМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 354

Павлишин А.
ЗАКОНОДАВЧЕ РОЕГУЛЮВАННЯ І ПРАКТИКА ЗАКРИТТЯ КРИМІЕНАЛЬНОЇ СПРАВИ 359

Сопронюк І.
ПРИНЦИП ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ В ІСТОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА..... 362

Яворський Б.
РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ПРЕЗУМПЦІЇ НЕВИНУВАТОСТІ ПРИ ЗВІЛЬНЕННІ ОСОБИ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ..... 366

СЕКЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВА

Гайворонська І.
ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ У ЗВ`ЯЗКУ З ПРИМИРЕННЯМ ОБВИНУВАЧЕНОГО, ПІДСУДНОГО З ПОТЕРПІЛИМ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН 370

Верба О.
ПОПЕРЕДНІЙ ТА ПОДАЛЬШИЙ СУДОВИЙ ЗАХИСТ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ПОЛЬЩІ 375

Мостовий А.
ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ МИТНОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ 379

Михайлів М.
КОЛІЗІЙНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З НАДАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ 381

Ригіна О.
ОСОБЛИВОСТІ ПРИЙНЯТТЯ ТА ПРИРОДА РІШЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ США 385