ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XX звітної
науково-практичної конференції

6–7 лютого 2014 р.

Львів
2014

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XX звітну науково-практичну конференцію «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні», яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 6–7 лютого 2014 року.

Тези доповідей і повідомлень подано в авторській редакції.

Редакційна колегія:

– проф. А.М. Бойко (голова);
– доц. В.О. Семків (відп. секретар);
– проф. П.Ф. Гураль;
– проф. М.М. Кобилецький;
– проф. В.М. Коссак;
– проф. Л.А. Луць;
– проф. В.Т. Нор;
– проф. П.Д. Пилипенко;
– проф. Б.Й. Тищик

Наукове редагування:

– доц. В.О. Семків

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XX звітної науково-практичної конференції (6–7 лютого 2014 р.). – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2014. – 428 с.

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2014

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЛОБІЮВАННЯ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

М. Бризіцький

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток сучасних правових систем відбувається під впливом міжнародних правових стандартів, серед яких важливими є принципи рівності, справедливості, поваги та захисту прав людини, гуманізму та демократизму.

Сьогодні не можна державу чи суспільство в цілому назвати демократичними, якщо в них не відбуваються вираження волі більшості через демократичні інститути. Серед суб'єктів, які виражають інтереси певних соціальних груп є і такі об'єднання громадян, як групи лобіювання. Вони можуть класифікуються за різними критеріями: галузевою ознакою (освітяни, промисловці); за соціальною сферою (економічні, політичні, культурні); за професійними інтересами (вчителі, лікарі, юристи); за належністю до релігії (християнська, іудейська тощо), але спільним для цих та інших груп лобіювання є їх намагання впливати на державну владу чи органи місцевого самоврядування для вирішення відповідних інтересів. У літературі зазначається, що слово «лоббі» вперше з'явилося ще у XVI столітті, а у 1553 році – зафіксовано письмово (згідно Оксфордського словника) та означало «коридори». Цей термін у 1640 році набуває політичного окрасу – місця англійського парламенту, де зустрічалися депутати, уповноважені від зацікавлених осіб, які мали впливати на результати голосування у парламенті. У XIX столітті виникає поняття «лобіст», а поняття «лобіювання» з'являється у 1862 році, а ще пізніше «лобізм» (для позначення корупційних діянь при прийнятті нормативно-правових актів). А наприкінці XIX ст. – початку XX ст. поняття «лобіювання» починає розумітися як засіб легітимного впливу на владу з метою прийняття нормативно-правових актів на користь певних суб'єктів.

У джерелах права використовується термін лобіювання, яким позначається правова форма впливу на органи державної влади чи самоврядування. Доволі вживаним є цей термін і в Європейському Союзі, хоча серед держав-учасниць це поняття не має широкого використання.

У проекті Закону України «Про лобіювання в Україні» під лобіюванням пропонується розуміти використання не заборонених законодавством України засобів впливу на орган чи представника влади для ухвалення рішення, що відповідає інтересам лобіста (хоча є і інші визначення поняття у цьому ж проекті).

Але названі інтерпретації не вичерпують різноманіття в підходах до розуміння поняття «лобіювання».

З врахуванням наведеного слід звернути увагу на характерні ознаки цього явища, а саме: 1) наявність суб'єктів лобіювання; 2) вираз інтересів певних осіб чи

© Бризіцький М., 2014

соціальних груп; 3) здійснення цілеспрямованого впливу на органи влади та місцевого самоврядування; 4) закріплення відповідних інтересів у джерелах права та інших юридичних актах. Отже, лобіювання – це цілеспрямований вплив уповноважених на це суб'єктів на органи влади та місцевого самоврядування з метою вирішення та закріплення у юридичних актах інтересів зацікавлених осіб.

Для забезпечення цього процесу важливе значення має сформований та легалізований правовий механізм лобіювання.

Перш ніж здійснювати пізнання такого механізму, необхідно з'ясувати зміст слова «механізм». В українській мові цей термін трактується по-різному: внутрішня будова, система чого-небудь; пристрій, що передає або перетворює рух; сукупність станів і процесів, з яких складається певне явище. У юридичній літературі термін «механізм» використовується для позначення низки понять: механізм правового регулювання; механізм взаємодії джерел права; правовий механізм взаємодії тощо. Так, під правовим механізмом взаємодії розуміється система правових способів та засобів, які сприяють узгодженому, збалансованому функціонуванню джерел міжнародного та національного права.

Враховуючи те, що лобіювання – це цілеспрямований вплив відповідних суб'єктів; це діяльність суб'єктів, які уповноважені на лобіювання (вплив на органи державної влади та місцевого самоврядування), правовий механізм лобіювання можна визначити як систему способів та засобів цілеспрямованого впливу уповноважених на це суб'єктів на органи державної влади та місцевого самоврядування з метою вирішення та (чи) закріплення у юридичних актах інтересів зацікавлених осіб, такий механізм може включати: 1) статус суб'єктів лобіювання; 2) правові засоби впливу; 3) способи (прийоми) впливу на органи держаної влади та місцевого самоврядування; 4) результат такого впливу (вирішення питань та/чи закріплення його в юридичних актах); 5) правила здійснення впливу.

Для правових систем англо-американського типу правовий механізм лобіювання є звиклим явищем. Зокрема, Закон про федеральне регулювання лобіювання прийнято ще у 1946 році. Положення цього закону були підтверджені і в рішенні Верховного Суду США 1954 р. у справі США проти Харріса, щодо можливості членам Конгресу легально отримувати інформацію.

У 1995 році Конгресом США був прийнятий федеральний акт «Про відкритість лобіювання». Правове регулювання лобіювання здійснюється і на рівні суб'єктів федерації. Таким чином, у США створений стійкий правовий механізм лобіювання на рівні конституційних засад, законів, прецедентних рішень Верховного Суду США та вищих судів штатів.

У Великобританії право на подання петицій до органів влади було передбачено ще Біллем про права (1689 року), але реальних форм лобіювання набрало лише у XIX столітті. Основними правовими формами є ті, що регламентують поведінку парламентарів та урядовців при взаємодії з лобістами.

З кінця XX століття у Великобританії запроваджений конституційно-правовий механізм контролю за законодавцями – парламентарний реєстр фінансових інтересів депутатів. Парламентарі зобов'язані декларувати інтереси, що можуть впливати на законодавчу діяльність.

У Канаді лише з 1989 року почав діяти Акт «Про реєстрацію лобістів», а у 1995 році був прийнятий Кодекс поведінки лобістів. Проте, у юридичній літературі зазначається (Несторович В.Ф.), що у Канаді процедура доступу зацікавлених осіб до процесу прийняття нормативно-правових актів є значно спрощена, але в разі порушення законодавства про лобіювання застосовується кримінальна чи конституційна відповідальність.

Таким чином, англо-американська модель лобіювання має чітко визначену юридичну форму.

Лобіювання у правотворчому процесі в США має два напрямки: вплив на прийняття законодавства та інших нормативно-правових актів, а також на прийняття судових прецедентних рішень. Основними формами лобіювання при прийнятті нормативно-правих актів є: звернення (петиції) до органів влади, зокрема Конгресу; участь лобістів у роботі комітетів Конгресу; участь лобістів у роботі законодавчих зборів, суб'єктів федерації; участь лобістів у роботі дорадчих структур в органах виконавчої влади; проведення громадських слухань. Вплив лобістів на судові органи, особливо Верховний Суд США та верховні суди штатів здійснюються завдяки їх участі у слуханні справи. Хоча існують різні форми участі: ініціювання справи; участь представника; тиск через засоби масової інформації.

У Канаді лобіювання здійснюється через підготовку та внесення до парламенту приватних (альтернативних) законопроектів.

У Великобританії створюються лобістські фірми, які здійснюють вплив на законодавчу діяльність і така діяльність в законопроектній роботі навіть заохочується.

Ці та інші форми лобіювання здійснюються в установленому законом порядку, визначеними у законі суб'єктами, способами та засобами.

Отже, правовий механізм лобіювання у правових системах загального типу має чітко визначені законодавчо закріплені параметри та стійкий характер дії.

ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА

О. Гайова

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасна система джерел права покликана, насамперед, забезпечити належну правову регламентацію суспільних відносин. Проте, формальне закріплення нормативно-правових приписів у джерелах права не в змозі у повній мірі забезпечити мету та призначення права – регулювання, охорону та захист суспільних відносин. Досягнення такої мети забезпечується, як відомо, шляхом реалізації права.

У вітчизняній та зарубіжній літературі ті чи інші питання реалізації права висвітлювалися у працях: С.С. Алєксєєва, М.М. Воплєнко, Л.М. Завадської,

© Гайова О., 2014

В.В. Лазарєва, П.О. Недбайла, П.М. Рабіновича, М.П. Орзіха, Ю.С. Рєшетова, В.Ф. Яковлєва та інших. Проте, і дотепер наукової уваги потребує поняття «реалізація права».

У юридичній літературі поняття реалізації права інтерпретуються порізному. При цьому, реалізація права розглядається як процес, та як кінцевий результат. У першому випадку йдеться про об'єктивну сторону реалізації права як здійснення за допомогою певних засобів у визначеній послідовності та строки у певному місці передбачених нормою права правомірних дій. У другому – реалізація права означає відношення суб'єкта до правових вимог, що реалізуються в момент вчинення відповідних дій, що передбачені нормою права.

У юридичній літературі по-різному характеризують юридичну природу реалізації права. Так, наприклад, до основних ознак реалізації права відносять: правомірність; спрямованість на досягнення мети правової норми; здатність створювати юридичні наслідки (М.М. Вопленко).

Окрім цього, виокремлюються й інші ознаки реалізації нормативно-правових приписів, а саме: вона є правомірною поведінкою суб'єктів права; ця поведінка передбачена чинною системою джерел права; здійснюється з метою задоволення відповідних інтересів; складається з певних стадій; за суб'єктами може бути індивідуальною та колективною; основними її формами за характером нормативно-правових приписів є використання, виконання та дотримання (Л.А. Луць).

Не відрізняються особливою однотипністю і визначення понять реалізації права.

Так, під реалізацією права розуміють: практичне втілення права у суспільну практику (М.М. Вопленко); діяльність, що узгоджена з відображеною в законі волею (В.В. Лазерєв); здійснення юридично закріплених та гарантованих державою можливостей та переведення їх у життя завдяки діяльності людей і організацій (В.І. Лєушин); процес фактичного здійснення приписів, юридичних норм в правомірній поведінці громадян, посадових осіб та інших суб'єктів права (М.І. Абдулаєв); процес переведення норм права у правомірну поведінку (В.М. Протасов).

Проте, не зважаючи не таке багатоманіття визначень поняття реалізації права, як правило, мова йде про реалізацію приписів у правомірних діях суб'єктів. Отже, під реалізацією права, насамперед, необхідно розуміти здійснення нормативно-правових приписів у правомірних діяннях суб'єктів суспільних відносин з метою задоволення відповідних інтересів.

Реалізація нормативно-правових приписів здійснюється у певних формах. Так, за характером нормативно-правового припису розрізняють такі форми реалізації права як використання, виконання та дотримання.

Відомо, що використання – це активна чи пасивна форма реалізації уповноважувальних нормативно-правових приписів, що здійснюються суб'єктом за власним бажанням; виконання – це активна форма реалізації зобов'язальних нормативно-правових приписів, що здійснюється суб'єктом не-

залежно від власного бажання; а дотримання – це пасивна форма реалізації заборонних нормативно-правових приписів, що здійснюється суб'єктом незалежно від власного бажання.

За причетністю до реалізації права інших осіб виокремлюють безпосередню чи опосередковану форми.

Окрім цього, у юридичній літературі для виокремлення форм реалізації права використовуються й інші критерії: за рівнем реалізації приписів; за суб'єктами реалізації права; за формою діяльності тощо.

Дискусійним у юридичній літературі залишається також питання про опосередковану форму реалізації – застосування права. Деякі автори застосування права відносять до опосередкованих форм реалізації, інші вважають, що застосування права є окремим видом юридичної діяльності, оскільки його природа є відмінною від реалізації права. Ці позиції підтверджуються наявністю у застосуванні права таких ознак: воно є діяльністю компетентних суб'єктів; має владний характер та забезпечується державою; спрямовано на створення передумов для реалізації нормативно-правових приписів; спрямовано на створення індивідуальних приписів щодо персоніфікованих суб'єктів; здійснюється на підставах і в порядку, що передбачені чинною системою джерел права (є юридично значущою діяльністю); здійснюється в процесуальній формі; складається з послідовних стадій; здійснюється відповідно до основних вимог, що забезпечують її правомірність; результати такої діяльності фіксуються в індивідуально-владному (правозастосовному) акті.

Таким чином, під застосуванням права слід розуміти діяльність компетентних суб'єктів, спрямовану на індивідуалізацію нормативно-правових приписів та створення умов для їх реалізації.

Хоча в сучасній літературі доволі часто правозастосування називають особливою формою реалізації права (В.М. Протасов).

Поряд з цим необхідно зазначити, що правозастосування виникає лише за певних умов: потреби у визнанні певних обставин юридично значущими; наявності перешкод або відсутності достатніх підстав для здійснення суб'єктивного права; невиконання обов'язків у добровільному порядку; потреби у встановленні міри юридичної відповідальності; виникненні спору між суб'єктами щодо виникнення прав та обов'язків тощо.

Таким чином, застосування права є діяльністю, яка забезпечує реалізацію права, створює необхідні умови для цього, але не являється її формою.

Окрім цього, необхідно звернути увагу на те, що реалізація нормативно-правових приписів має особливий характер у сфері приватноправових та публічно-правових відносин. Це виявляється, насамперед, у тому, що для приватно-правових відносин притаманні такі форми реалізації права, як використання та виконання. У той час як у сфері публічно-правових відносин переважають дотримання та виконання, як форми реалізації права. Відмінними є і стадії реалізації публічно-правових та приватно-правових приписів.

Але ці питання вже мають бути предметом окремого наукового дослідження.

ФОРМА НАЦІОНАЛЬНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ: ПОНЯТТЄВО-ТЕРМІНОЛОГІЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Н. Галецька

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання виконання та національної імплементації норм міжнародних договорів стають все більш і більш актуальними. Наприклад, нещодавно Україна подала заявку про перегляд власних зобов'язань по міжнародних договорах в рамках Світової організації торгівлі. За результатами переговорів Україна повинна імплементувати зобов'язання, які містяться міжнародних договорах. Обрання певної форми імплементації може впливати на оцінку іншими державами стану дотримання зобов'язань Україною. З огляду на вищенаведене, загальнотеоретичне розуміння поняття «форми національної імплементації» є надзвичайно важливим.

Аналіз праць. Проблема форм національної імплементації міжнародних договорів традиційно досліджувалася в науці міжнародного права, а саме відомі праці таких юристів-міжнародників: В.Г. Буткевич, А.С. Гавердовський, Дж. Джексон, Ф. Куніг, Б.І. Осмінін, Р.А. Мюллерсон, Е.Т. Усенко, С.В. Черниченко та інших. З точки зору узагальнення законодавства європейських держав щодо національної імплементації цікавим є звіт Комітету юридичних радників щодо публічного права Ради Європи 2001 р. «Надання державами згоди на обов'язковість міжнародних договорів». Оскільки у працях вищезгаданих науковців поняття форми національної імплементації не було самостійним предметом дослідження, а також оскільки ані законодавство України, ані міжнародні договори не містять визначення поняття «форми національної імплементації», для більш глибокого розуміння згаданого поняття видається доцільним дослідити поняття «форма» та поняття «національна імплементація» та на основі такого дослідження сформулювати визначення поняття «форми національної імплементації».

Національна імплементація у кожній державі має свої особливості, проте через її зовнішні прояви можна виділити певні узагальнені форми національної імплементації (ще називають методами або способами національної імплементації). У законодавстві України поняття «імплементація» визначено лише на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Зокрема, відповідно до п. 1.1 (г) Наказу Державної податкової адміністрації (ДПА) від 26.12.2003 № 631 поняття «імплементація» визначено як «процес транспонування актів законодавства Європейського Союзу, включаючи створення порядку та процедур їх впровадження (імплементація в вузькому сенсі); цей процес також включає тлумачення, практику застосування, забезпечення дотримання та виконання норм права, які відповідають європейському праву, органами державної влади (імплементація в широкому сенсі)». Аналогічне визначення міститься і у Наказі ДПА від 28.09.2004 №561, а імплементація розглядається як одна з форм правової адаптації. Дещо незвичним видається вживання поняття «транспонування» у контексті визначення імплемента-

© Галецька Н., 2014

ції, адже з точки зору звичного значення цього слова, транспонування означає «перенесення чого-небудь (ідеї, образу, термінології тощо) з одного жанру в інший, з однієї науки в іншу, відповідно змінюючи, пристосовуючи».

Дещо іншого змісту поняттю «імплементація» надається у Методиці визначення критеріїв євроінтеграційної складової державних цільових програм, що затверджена Наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 16.03.2005 №62, зокрема, імплементація розглядається як «здійснення, виконання державою міжнародних правових норм». Таким чином, на рівні підзаконних нормативно-правових актів відсутнє єдине узгоджене визначення поняття «імплементація», проте простежується розуміння імплементації виключно як процесу, який відбувається на національному рівні, тобто «національної імплементації».

Міжнародні договори, як правило, не містять визначення поняття «імплементація» чи вимог щодо здійснення національного імплементаційного процесу. Більш важливим є результат імплементаційного процесу, а саме реалізація норм міжнародних договорів. Саме тому Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 р. містить статті, що значною мірою забезпечують ці питання. Практика застосування норм міжнародних договорів міжнародними судовими органами може містити певні рекомендації для держав. Наприклад, у рішенні Європейського Суду з прав людини («Суд») від 18 січня 1978 р. у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства», Суд встановив «...укладачі Конвенції мали намір чітко визначити, що права і свободи, визначені у Розділі 1, будуть безпосередньо гарантуватися кожному, хто знаходиться у межах юрисдикції Держав, що домовляються. Такий намір особливо вдало реалізується у випадках, коли Конвенція інкорпорується у національне право». Проте вже у іншій справі Суд постановив «...ні ст. 13, ні Конвенція в цілому не передбачають для Договірних Сторін конкретного способу забезпечення ефективної імплементації у їхнє внутрішнє право будь-яких положень Конвенції».

У доктрині міжнародного права відсутня єдина позиція щодо найменування та розуміння поняття «імплементація», прийнято виділяти розуміння поняття «імплементація» в широкому та вузькому значенні. У широкому розумінні поняття «імплементація» означає «здійснення міжнародно-правових та внутрішньодержавних норм з метою виконання міжнародно-правових норм, а також створення на міжнародному та внутрішньодержавному рівнях умов для такого здійснення», цю позицію підтримує А.І. Дмитрієв. На думку І.І. Лукашука, у широкому розумінні поняття «імплементація» означає усі заходи з реалізації норм міжнародного права, а у вузькому розумінні – здійснення норм міжнародного права у внутрішньодержавній сфері (можуть також використовуватись і такі терміни, як «виконання», «дотримання» тощо). На думку А.С. Гавердовського під поняттям «імплементація» прийнято розуміти «цілеспрямовану організаційно-правову діяльність держави, що здійснюється індивідуально, колективно чи в рамках міжнародних організацій з метою своєчасної, повної і всесторонньої реалізації, прийнятих нею у відповідності з міжнародних правом зобов'язань, вона, як правило, неможлива без додаткових засобів правового хара-

ктеру, що застосовуються суб'єктами міжнародного права на різних рівнях у державі». З останнім визначенням погоджується П.М. Рабінович та Н.М. Раданович, зазначаючи, що «таке визначення видається найбільш правильним, оскільки фіксує підхід до процесу реалізації міжнародно-правових норм як органічного поєднання різних видів правової та організаційної діяльності держав, котра здійснюється ними в межах своєї території і на міжнародній арені, в тому числі в рамках існуючих або створюваних міжнародних структур».

Варто зазначити, що окремі науковці виступають проти використання поняття «імплементація», зокрема В.Г. Буткевич, віддає перевагу використанню терміну «реалізація норм міжнародного права», вважаючи, що саме поняття «реалізація» найбільш точне. Не погоджується з В.Г. Буткевичем В.М. Репецький, котрий вважає, що «імплементація» та «реалізація» – це різні поняття. На думку автора, імплементація передує реалізації, адже для того, щоб уможливити реалізацію норми міжнародного договору необхідно, щоб ця норма була доступною для суб'єктів права, тобто, щоб така норма була імплементована.

Стосовно імплементації у вузькому розумінні, тобто, заходів, які вживаються на національному рівні, то знову ж таки відсутня єдність термінології. Е.М. Аметистов називає це явище «внутрішньо-правова імплементація», Е.Т. Усенко «трансформація», А.С. Гавердовський «рецепція», а Р.А. Мюллерсон та Г.І. Тункін «національно-правова імплементація». А.С. Гавердовський розуміє під «рецепцією» усю сукупність правових заходів держави. Р.А. Мюллерсон під «національною імплементацією» розуміє «процес допомоги національного права виконанню норм міжнародного права на території держави, у сфері дії національного права і за допомогою останнього». З огляду на особливості національної імплементації міжнародних договорів про права людини П.М. Рабінович та Н.М. Раданович визначають національну імплементацію норм міжнародного права як «процес юридичного опосередкування реалізації норм міжнародного права на території держави, здійснюваний шляхом не тільки правотворчої та організаційно-виконавчої, але й правозастосувальної та правотлумачної діяльності державних органів». На нашу думку, найбільш узагальненим визначенням поняття «національної імплементації» для міжнародних договорів бачиться визначення П.М. Рабіновича та Н.М. Раданович.

Для того, щоб з'ясувати, який термін «форма національної імплементації», «спосіб національної імплементації» чи «метод національної імплементації» найбільш точно відображає сутність зовнішніх проявів «процесу юридичного опосередкування реалізації норм міжнародного права на території держави, здійснюваний шляхом не тільки правотворчої та організаційно-виконавчої, але й правозастосувальної та правотлумачної діяльності державних органів», пропонується дослідити лінгвістичне значення слів «форма», «спосіб» та «метод».

Спосіб – це певна дія, прийом або система прийомів, яка дає можливість зробити, здійснити що-небудь, досягти чогось. Метод – це: спосіб пізнання явищ природи та суспільного життя; прийом або система прийомів, що застосовується в якій-небудь галузі діяльності. Форма – це: обриси, контури, зовнішні межі предмета, що визначають його зовнішній вигляд; тип, будова, спосіб орга-

нізації чого-небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов'язаний з його сутністю, змістом; спосіб існування змісту, його внутрішня структура, організація і зовнішній вираз. Як наслідок, з лінгвістичної точки зору, найбільш логічним і таким, що найвдаліше відображає сутність цього явища, видається поєднання поняття «форма» та «національна імплементація».

Досліджуючи доктрину, Б. Осмінін використовує поняття «способи внутрішньодержавного здійснення міжнародних договірних зобов'язань», не визначаючи згадане поняття. На думку М. Раскалєй «способи імплементації загалом можна визначити як спеціальні напрями діяльності органів державної влади, що здійснюються з метою виконання міжнародно-правових норм». З огляду на вищезгадане текстуальне значення поняття «спосіб», це поняття не повною мірою відображає зовнішні прояви «національної імплементації, адже мова йде не про прийом/спосіб, який використовує держава для імплементації, а про зовнішню форму зв'язку між національним та міжнародним правом. Для використання поняття «метод» також характерний подібний недолік, адже методом позначається прийом, а не зовнішній прояв. Поняття «форма» видається найбільш вдалим для використання в контексті національної імплементації, адже форма відображає зовнішні прояви зв'язку між національним та міжнародним право, який вибудовується в процесі національної імплементації.

Висновки. На сьогодні у доктрині міжнародного права відсутня єдина термінологія для позначення такого явища, як форми або способи або методи національної імплементації. На основі аналізу поняття «національна імплементація» та понять «форма», «спосіб» та «метод» можна зробити наступні висновки: 1) метою національної імплементації є встановлення зв'язку між міжнародним правом та внутрішньодержавним правом; 2) цей зв'язок може набирати різної зовнішньої форми та проявів з огляду на суверенну волю держави; 3) найбільш вдалим найменуванням для цього явища видається саме поняття «форми національної імплементації».

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СУД З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧИХ ПРАВОЗАХИСНИХ ГАРАНТІЙ В УКРАЇНІ

О. Гарасимів

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. На кафедрі теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка запроектовано дисертаційне дослідження впливу практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) на правове регулювання в Україні. Виконані донині у вітчизняному правознавстві дослідження такого ґатунку були зазвичай спрямовані насамперед на правозастосовну (зок-

© Гарасимів О., 2014

рема, судову діяльність). Що ж торкається означеного впливу на правотворчу діяльність, то він майже не привертав уваги дослідників.

Саме тому першим етапом згаданого дисертаційного дослідження передбачено вивчення тих змін у вітчизняному законодавстві (насамперед у законодавчих гарантіях забезпечуваних Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) прав), які, так чи інакше, спричинені певними рішеннями ЄСПЛ. Отже, на цьому етапі дослідження мають бути виконані два дослідницькі завдання. Перше полягає у виявленні, аналізі та узагальненні тих рішень ЄСПЛ щодо України, в яких він вказує на конкретні її недоліки чинного законодавства, котрі, на його думку, встали причиною певних порушень, забезпечуваних Конвенцією прав. А друге має на меті відслідкувати, чи зреагувала держава (і як саме) на ті рекомендації, «вказівки», які висловлював ЄСПЛ стосовно усунення недоліків законодавчого забезпечення конвенційних прав.

У цих тезах стисло схарактеризовано деякі результати виконаного нами першого із зазначених завдань.

2. Дослідження було насамперед розпочато із визначення основних критеріїв відбору та класифікації тих рішень ЄСПЛ, у яких вказано на основні недоліки законодавства України у сфері гарантування конвенційних прав. Першим із таких критеріїв було розрізнення двох видів означених недоліків: один із них торкається тих випадків, коли – з погляду ЄСПЛ – у вітчизняному законодавстві вказано на відсутність норми, спрямованої на забезпечення та захист конвенційних прав; а інший – тих, коли існуючі законодавчі гарантії таких прав є – знову ж з погляду ЄСПЛ – неякісними, малоефективними.

Другим критерієм аналізу рішень ЄСПЛ, у яких висловлюються «претензії» до зазначених гарантій, є зміст (сутність) тих прав, які би мали бути забезпечені відповідними законодавчими нормами.

І, нарешті, третій критерій – вербальна форма виразу тих рекомендацій ЄСПЛ з усунення недоліків законодавчих гарантій конвенційних прав в Україні, які містяться у його рішеннях. За цим критерієм такі рекомендації розподіляються на два види: 1) прямі рекомендації – коли ЄСПЛ текстуально формулює положення про наявність потреби прийняти чи змінити певний закон, аби покращити юридичне гарантування права; і 2) непрямі (коли подібного положення в рішенні ЄСПЛ немає, але так чи інакше зауважено, зазначено, що чинне законодавство не дозволяє повноцінно гарантувати, захистити в Україні певне, забезпечене Конвенцією право).

3. Отож – відповідно до зазначених критеріїв – стисло схарактеризуємо основні результати нашого дослідження. При цьому зауважимо, що його предметом були обрані, ясна річ, лише ті рішення ЄСПЛ (ухвалені ним протягом останніх п'яти років (2008–2012 рр.)), у яких державою-відповідачем була Україна і при цьому її було визнано ним порушницею забезпечуваних Конвенцією прав.

Загальна кількість таких рішень склала 520. З них зауваження саме щодо законодавчих гарантій конвенційних прав містились у 106 рішеннях (що становить 20,4% від загальної кількості опрацьованих рішень). При цьому слід зазначити, що оскільки у багатьох з них ЄСПЛ визнавав порушеним не одне, а деякі-

лька конвенційних прав, то загальна кількість його законодавчих «претензій» до України може перебільшувати загальну кількість самих рішень по суті.

Наведені показники дозволяють зробити висновок про те, що основна причина порушень прав, передбачених Конвенцією, полягає все ж таки у недоліках правозастосовчої діяльності і лише 1/5 частина таких порушень була викликана, з погляду ЄСПЛ, правозахисними недоліками чинного законодавства.

4. Щодо характеру недоліків законодавчих гарантій правозахисту, то наше дослідження виявило наступне. Такий недолік як повна відсутність необхідного законодавчого регулювання конвенційних прав був зафіксований ЄСПЛ у 82 рішеннях (77,4% від їх загальної кількості). А інший недолік – недостатня якість таких гарантій – був констатований у 30 рішеннях ЄСПЛ (28,33% від їх загальної кількості). Отож відсутність необхідних законодавчих засобів правозахисту є найбільш поширеним дефектом законодавчого гарантування конвенційних прав.

Наведене мало б орієнтувати вітчизняного законодавця насамперед на заповнення виявлених ЄСПЛ прогалин у нормативно-правовому забезпеченні конвенційних прав.

5. За другим критерієм (змістом порушеного права, передбаченого відповідною статтею Конвенції) зазначені ЄСПЛ недоліки зазначених правозахисних гарантій торкаються таких прав:

а) право на свободу та особисту недоторканність (ст. 5 Конвенції) – 29 рішень (27,4% від загальної кількості);

б) захист власності (ст. 1 Першого протоколу до Конвенції) – 23 (21,7% від загальної кількості);

в) право на справедливий суд (ст. 6 Конвенції) – 12 (11,3% від загальної кількості);

г) заборона катування (ст. 3 Конвенції) – 10 (9,4% від загальної кількості);

ґ) право на повагу до особистого та сімейного життя (ст. 8 Конвенції) – 5 (4,7% від загальної кількості);

д) свобода вираження поглядів (ст. 10 Конвенції) – 2 (1,9% від загальної кількості);

е) свобода зібрань та об’єднань (ст. 11 Конвенції) – 1 (0,9% від загальної кількості);

є) право на подання індивідуальної заяви (ст. 34 Конвенції) – 1 (0,9% від загальної кількості);

ж) право на вільні вибори (ст. 3 Першого протоколу до Конвенції) – 1 (0,9% від загальної кількості);

з) право на оскарження у кримінальних справах (стаття 1 Протоколу № 7 до Конвенції) – 1 рішення (0,9% від загальної кількості).

Виходячи з наведених показників напрошується висновок, що, здавалось би, найгірше забезпечуються законодавчими гарантіями права, передбачені ст.ст. 5, 6 Конвенції, ст. 1 Першого протоколу до неї. Однак такий висновок був би неточним, оскільки він не враховує кількісне співвідношення тих прав, на порушення яких скаржились заявники і які (порушення) були зафіксовані у проаналізованих рішеннях ЄСПЛ (такі показники будуть виявлені нами у подальшому).

Окремо слід звернути увагу на те, що найбільша кількість порушених конвенційних прав була зафіксована ЄСПЛ щодо права на ефективний засіб юридичного захисту (ст. 13 Конвенції): у 37 рішеннях (34,9% від їх загальної кількості). У зв'язку з цим нагадаємо, що порушення означеного права зазвичай «прив'язуються» ЄСПЛ до порушення державою-відповідачем якогось іншого конвенційного права, для захисту якого – з погляду ЄСПЛ – забракло ефективних юридичних засобів.

6. Третій критерій, як зазначалось, стосується форми словесного викладу у рішеннях ЄСПЛ його рекомендацій стосовно покращення законодавчого гарантування прав, забезпечуваних Конвенцією. Виявилось, що абсолютна більшість таких рекомендацій ЄСПЛ висловлюється ним у непрямій формі. І це зрозуміло, оскільки він не уповноважений надавати категоричні «вказівки» законотворчого характеру на адресу держави-відповідача, шануючи її суверенітет.

7. Насамкінець відзначимо, що другий етап запланованої роботи (аналіз «реакцій» української держави на законодавчі рекомендації ЄСПЛ) становитиме предмет подальших наших досліджень.

ПРАВОКОНКРЕТИЗАЦІЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ СУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

М. Горбань

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ефективність правового регулювання залежить не лише від якості нормативно-правових приписів, належної правотворчої, а й правозастосовчої діяльності. Особлива роль у забезпеченні ефективності належить судовій діяльності, елементом якої має бути правоконкретизація, яка спрямована на виявлення змісту норм права.

Не зважаючи на зростаючий у наукової спільноти інтересу до правоконкретизації в цілому, питання конкретизації у судовій діяльності залишається маловивченим, таким, що частково знайшло відображення у наукових працях А. Безіної, М. Гамідова, М. Залоіла, В. Лазарєва, П. Недбайла, Г. Шмельової, проте результати їхньої роботи залишаються несистематизованими, в той час як активне застосування вітчизняними судами конкретизації на практиці свідчить про його актуальність та зумовлює необхідність ґрунтовного теоретичного дослідження у цій сфері.

Факти прийняття вмотивованих судових рішень з правильною конкретизацією змісту норм права, в ході якої проводиться аналіз закріплених у ній понять та положень із встановленням висновків за правилами формальної логіки, мають місце вже досить тривалий час. Це зумовлено тим, що суддям для того, щоб зробити правильний висновок та встановити можливість чи неможливість використання норми права для врегулювання визначених правовідносин в конкретних умовах

© Горбань М.., 2014

місця та часу, доволі часто доводиться пристосовувати правові норми до конкретних життєвих обставин, умов їх застосування (див. М.В. Залоіло, П.О. Недбайло), тобто конкретизувати їх. Конкретизація в даному випадку виступає засобом усунення перешкод в реалізації прав та обов'язків (комунікативних перешкод) (А.В. Поляков) і вважається факультативною функцією судового типу правозастосування в спеціально-юридичному відношенні (Р.Р. Рафіков).

Однак, не зважаючи на те, що більшість науковців вважають конкретизацію необхідним елементом правозастосовчого процесу, зважаючи на неможливість відмовити в правосудді з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини, поряд з наявністю прогалин у законодавстві, іманентною невизначеністю та багатозначністю більшості законодавчих норм, часто виникають гострі дискусії з приводу того, що правозатосовчі органи можуть вийти за межі своєї компетенції, необґрунтовано звузити чи розширити сферу дії права при її застосуванні. В той же час, способи об'єктивації норм права у законах загального типу правових систем не відповідають континентальному принципу законодавчої економії, в наслідок чого вони характеризуються більшою казуальністю, ніж норми країн континентального права, відтак потребують постійного доповнення прецедентними рішеннями, доцільність застування конкретизації при винесенні яких не ставиться під сумнів.

В англомовній зарубіжній юридичній літературі поширена точка зору, відповідно до якої усю судову діяльність необхідно розглядати в якості конкретизації права статутного. Виходячи з цього, будь-яке судове рішення можна розглядати як конкретизацію загального масштабу норми права до осіб, подій, фактів, конкретизацію в часі та просторі. Однак, потрібно звернути увагу на те, що в даному випадку мова йде не більше як про індивідуалізацію. Судову правоконкретизацію необхідно також відрізняти від тлумачення норм права судом, адже така діяльність вже не є тлумаченням в точному сенсі цього слова, коли тільки виявляється воля законодавця. В даному випадку виробляються особливі правоположення, шляхом перетворення існуючих правил у більш детальні, досконаліші, адаптовані до безпосереднього використання. В.В. Лазарєв звертав увагу на те, що конкретизацією норм суди привносять в правозастосовчий акт (судове рішення) новий елемент (на відміну від тлумачення права), нове положення, яке відсутнє в самому нормативному акті, хоча й не виходить за його межі. Особливо наглядно це проявляється в рішеннях, що засновані на нормах з оціночними поняттями.

Зважаючи на це, для того, щоб легітимність судового рішення, в основу якого покладено конкретизовану норму права, не викликала сумнівів, необхідно, щоб конкретизація норм права судами проводилась тільки у зв'язку з застосуванням їх на практиці там, де в межах загальних норм відповідні правові положення відсутні, а відтак не може бути й мови про застосування права як такого. Окрім цього, конкретизацію норм права можна застосовувати лише після того, як аналізуючи волю законодавця, буде встановлена «навмисна неповнота» норми , тобто як правотворча помилка (А. Безіна, В. Лазарєв).

Варто зазначити, що формування внутрішнього переконання судді, на основі якого приймаються рішення у справі, є не просто результатом впливу на його

свідомість визначеної сукупності доказів, встановлених та перевірених в процесі судового розгляду. Воно завжди формується на основі раціонального пізнання причинно-наслідкових та інших зв'язків між фактами об'єктивної дійсності, їх аксіологічної оцінки та співвідношення з дозволами та заборонами у праві (П.П. Баранов, В.І. Курбатов). П.О. Недбайло, вказував на те, що конкретизація правових норм завжди і у всіх випадках проводиться у зв'язку з реальними юридично значимими фактами їх застосування, так як норма фіксує лише типове і не може охопити всіх особливостей кожного окремого випадку, всіх умов її використання. Схожої позиції притримується й О.І. Овчинніков, який переконаний, що конкретизація потрібна та відбувається завжди, коли відбувається співставлення питань «права» і «факту», належного та існуючого, норми й казусу.

У своїй науковій праці Г.Г. Шмельова зазначила, що для правильного та ефективного застосування і реалізації найбільш загальних та абстрактних юридичних норм необхідно виявити зв'язки останніх з фактичною дійсністю. Конкретизація як раз і спрямована на виявлення зв'язку між загальною абстрактною нормою права та конкретною життєвою ситуацією шляхом встановлення на основі вихідної норми ряду послідовних ланок (конкретизуючих актів), що відображають суспільні відносини в їх особливості та одиничності. В цьому – головне призначення конкретизації юридичних норм.

О.Ф. Черданцев вказував на те, що більш конкретні положення, що розкривають зміст права, є сполучною ланкою між абстрактною нормою та індивідуальною ситуацією, вони полегшують перехід від абстрактної норми до індивідуальних ситуацій, на які ця норма поширюється. Саме на досягнення такого результату спрямована конкретизуюча діяльність при здійсненні правосуддя.

Конкретизація у правозастосуванні зумовлена тим, що норми права тісно взаємодіють між собою, є взаємообумовленими та передбачають застосування в комплексі (М.В. Залоіло), а обставини, за яких вони були прийняті, можуть не повністю відповідати тим умовам, в яких їх належить застосовувати. Окрім цього, постійно оновлюється і змінюється значення слів, понять та категорій, якими вони наповнені. Відтак, для правильного вирішення спору по суті суддям необхідно проводити комплексний аналіз нормативно-правових приписів, які регулюють відповідні правовідносини, та узагальнивши отриману інформацію, конкретизувати зміст об'єктивованої у них норми права – оптимізувати її для використання у конкретній ситуації: відокремити від явища ті складові, які необхідні в визначених умовах місця та часу для правильного вирішення правового спору по суті.

Абстрактність правових норм, яка, як вже зазначалось, забезпечує стійкість та гнучкість законодавства, поряд з відсутністю уніфікованої судової практики приводить до того, що через різне суб'єктивне розуміння норм права можливе прийняття кардинально протилежних рішень у подібних чи аналогічних справах внаслідок неоднакового застосування суддями норм права, в тому числі – шляхом їх конкретизації. В той же час, забезпечення єдності у застосуванні законів є базовим принципом діяльності судової системи, що нерозривно пов'язаний із принципом правової визначеності – одним із основоположних елементів верховенства права (В.І. Татьков).

Варто зазначити, що конкретизація норм права проводиться на всіх рівнях судової системи. Так конкретизація, що здійснена судами першої та апеляційної інстанцій має значення лише для правильного вирішення спору по суті і вичерпується винесенням остаточного рішення по справі. В той же час, дія конкретизованих норм права, що містяться у висновках судів касаційної та вищих судових інстанцій не обмежується разовим застосуванням. При цьому створюється правозастосовчий чи правотлумачний прецедент. До цієї групи можна також віднести норми права конкретизовані в рішеннях Європейського суду з прав людини.

Враховуючи вищенаведене важливо, щоб творчий характер правозастосування чи правотлумачення не приводив до заперечення закону та режиму законності на користь судової правотворчості. В той же час, питання про наявність творчого елементу в процесі конкретизації правових норм не варто ототожнювати з питанням суддівської правотворчості та її результату джерела права (А.І. Овчинніков).

Видається доцільним, щоб законодавець, уповноважуючи хоч і опосередковано, суд правом на конкретизацію, для найбільш повного забезпечення законності, вказував на критерії такої діяльності (А. Безіна, В. Лазарєв), адже за відсутності апробованих науково обґрунтованих методик конкретизація норм права набуває разового, хаотичного за процедурою, а іноді й волюнтаристського характеру (М.Ш. Гамідов).

Важливим видається і уповноваження судів на правотлумачну конкретизацію, адже вони часто зіштовхується з проблемою точного і однозначного тлумачення норм права (М.Ш. Гамідов), їх правильного розуміння і мають можливість найбільш об'єктивно та в короткий строк виявляти прогалини, колізії діючого законодавства (Л.В. Смірнов), недієвість чи недостатню ефективність певних норм.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що конкретизація є невід'ємним елементом судової діяльності необхідним для відправлення правосуддя на високому рівні, що зумовлює потребу ґрунтовного теоретичного дослідження даної проблематики.

ГУМАНІЗМ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА

О. Грищук

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасна філософія права характеризується подвійним ставленням до гуманізму. З одного боку, має місце криза гуманізму, яка розпочалася ще в кінці XIX ст., а з іншого – філософія сучасності наповнена плідними спробами вивести суспільну і правову свідомість на новий рівень розвитку. В межах міжнарод-

© Грищук О., 2014

ного гуманістичного руху прийнято «Гуманістичний маніфест 2000: Заклик до нового планетарного гуманізму», в якому зазначено, що істотним для гуманістичного світогляду є завдання перетворення вищих етичних цінностей в життя. Висловлюються віра, що зростання наукового знання дозволить людям поступати мудріше, оскільки розум і знання щонайкраще сприяють розрізненню дійсних моральних цінностей та їх плодів.

У Гуманістичному маніфесті виділено основні принципи етики сучасного гуманізму, зокрема:

– головною цінністю визнається гідність і незалежність особи. Гуманістична етика спрямована на максимізацію свободи вибору: це свобода слова і совісті, право на особисту думку і незалежне дослідження, право кожної особи на власний спосіб життя, що розповсюджується настільки далеко, наскільки це не наносить збитку іншим;

– свобода передбачає відповідальність. Захист гуманістами самовизначення особи не означає, що виправдовується будь-яка форму поведінки людини, а терпимість гуманістів по відношенню до різних способів життя не обов'язково має на увазі їх схвалення;

– заохочується вдосконалення людини через призму таких моральних вимог як: стриманість, помірність, самообмеження і самоконтроль. Серед критеріїв досконалості людини виділяють: здатність людини до самостійного вибору, творчості, естетичної думки, свідоме мотивування власних вчинків і розумне осмислення дійсності, а також обов'язок на практиці реалізувати головний талант, яким вона наділениа від природи;

– підкреслюється значення відповідальності і обов'язків стосовно інших людей. Гуманісти керуються принципом «кожен заслуговує на людяне відношення» та визнають Золоте правило;

– здатність співпереживання і дбайливість стосовно ближнього визнаються істотними для етичної поведінки, що передбачає альтруїстичне ставлення до потреб і інтересів інших людей;

– забезпечення морального виховання дітей і юнацтва, яке сприяло б становленню характеру людини і належного відношення до загальнолюдських моральних норм, а також заохочувало її етичне вдосконалення і потребу в самостійному моральному осмисленні того, що відбувається;

– гуманісти рекомендують в своїх моральних судженнях звертатись до розуму, оскільки пізнавальна здатність грає істотну роль в прийнятті етичних рішень. Будь-які людські цінності і моральні принципи найбільш адекватно можуть бути обґрунтовані в світлі рефлексії. У випадку суперечностей з іншими людьми слід шукати згоди, де лише можливо, шляхом розумного діалогу;

– необхідна готовність коректувати свої етичні принципи і цінності в світлі існуючих реальностей і того, що передбачається в майбутньому, шукати нові вирішення моральних дилем;

– гідною слід рахувати етику, засновану на принципах. Це означає, що мета не виправдовує будь-яких засобів; навпаки, характер самих наших цілей визначається засобами, якими їх досягнуто.

Вищенаведене дає можливість стверджувати, що становлення гуманізму пов'язують, перш за все, із якостями та характеристиками людини. Оскільки абсолютна цінність людини не може бути доведена засобами логічного мислення, вона сприймається як аксіоматичне твердження, яке не потрібно доводити. Якщо ж виходити із такої умови, то сутність людини, її реальність і цінність є в самій людині. В такому випадку всі інші явища, об'єкти і суб'єкти можуть бути реально оцінені і мати реальну цінність, оскільки визначаються цінністю для людини. Таким чином, вихідною умовою гуманізму є самоцінність людини, що ґрунтується на факті існування людини як біосоціодуховної істоти.

Має свої особливості тлумачення принципу гуманізму у праві. Так, А.М. Колодій відносить принцип гуманізму до загальносоціальних принципів права, які акумулюють в собі витоки духовного життя суспільства. Принцип гуманізму права вчений відносить до принципів суб'єктивного права, оскільки вони прямо опосередковують і включають в себе частину змісту загальносоціальних принципів, які мають вирішальне значення для правової системи.

С.П. Погребняк розглядає гуманізм як основоположний принцип права, зазначаючи, що гуманізм як шляхетна ідея не міг не знайти своє втілення в праві, оскільки він є однією з найсуттєвіших, органічно властивих праву якостей, з якою пов'язаний так званий другий вимір права як явища духовного життя суспільства. Право переводить гуманістичні ідеали і принципи із соціально-етичної реальності в юридичну, внаслідок чого гуманність набуває статусу правового поняття. З цих причин сучасне право іноді визначають як обіцянку людяності, надану однією частиною людей іншій частині та гарантовану законом. Вищі гуманітарні засади, обумовлені сутністю суспільства і прагненням людини до високого, гідного становища, на думку автора, реалізуються насамперед у цінностях природного права. Однак гуманізм поряд зі свободою, справедливістю і рівністю, поза всякими сумнівами, є також однією з основних засад позитивного права, що слід враховувати під час створення, застосування і тлумачення юридичних актів.

Враховуючи вищезазначене, видається за доцільне розглядати принцип гуманізму у праві як систему світоглядних соціально-правових цінностей, антропологічною основою яких є людська гідність, яка виявляється в основних правах та свободах людини і знаходить своє закріплення у правових принципах і нормах.

Людська гідність є постійно змінюваним суспільним явищем. Її сутність може бути теоретично виражена лише поняттями, що розвиваються, перетворюються, змінюють одне одного. Вона склалась як відображення в свідомості людей того особливого положення, яке займає людина, а також як відображення її соціальної цінності.

Людська гідність як соціальна цінність ґрунтується перш за все на моралі. Моральна регуляція поведінки людини здійснюється через призму людської гідності, шляхом впливу системи моральних норм і оцінок, які орієнтують людину на певні зразки поведінки і в той же час обмежують її певними рамками. Ці зразки поведінки і межі її здійснення визначаються досягнутим рівнем розвитку існуючих суспільних відносин. Людська гідність притаманна кожній без винятку люди-

ні, безвідносно до її індивідуальних особливостей. Лише внаслідок того, що людина є біосоціодуховною істотою, вона вже є цінною, носієм людської гідності. Людська гідність – це самоцінність та суспільна значимість людини як біосоціодуховної істоти, яка визначається існуючими суспільними відносинами, не залежить від конкретної людини і має бути рівною для всіх людей.

Тлумачення принципу гуманізму, змісту людської гідності та прав людини зазнало впливу різних факторів: позитивних (філософія, релігія, розвиток культури і цивілізації) та негативних (приниження людини, масові вбивства людей, тоталітарні, расистські та нацистські ідеології, а також збудовані на них політичні системи). Після Другої світової війни, яка була найбільшою за людськими жертвами, питання людської гідності та прав людини особливо загострилось, що викликало так звану «революцію людської гідності». Права людини почали тлумачитись як такі, що покликані утверджувати незалежно від стану суспільства людську гідність, високі духовні і моральні якості, а головне – захищати людину від сваволі державної влади.

Наступним кроком стало прийняття низки міжнародних нормативно-правових актів (зокрема, в рамках ООН), котрі визначають людину найвищою цінністю суспільства, а належне забезпечення її прав і свобод – головним обов'язком демократичної держави. Зокрема, преамбула до Загальної Декларації прав людини (1948) закріплює положення про те, що визнання гідності, властивої всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав, є основою свободи, справедливості та загального миру. Преамбули до Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права (1966) і Пакту про громадянські та політичні права (1966) проголошують, що всі права людини «випливають із властивої людській особі гідності».

Міжнародна система захисту прав людини знайшла свій подальший розвиток у створенні регіональних правозахисних механізмів, які відображають особливості культури, політико-правової свідомості та регіональної ідентифікації держав. Такий механізм вироблений в рамках Ради Європи, головним пріоритетом у роботі якої є захист гідності, прав і основних свобод людини у державах-учасницях. Співпраця з цією організацією сьогодні стала офіційним зовнішньополітичним курсом нашої держави. Це знайшло відображення у Конституції України, зокрема у статті 3, згідно з якою людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність та безпека є найвищою соціальною цінністю, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини – головним обов'язком держави та статті 21, де вказано, що усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах, а права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними.

Таким чином, принцип гуманізму у праві доцільно розглядати як систему світоглядних соціально-правових цінностей, антропологічною основою яких є людська гідність, яка виявляється в основних правах та свободах людини. Людська гідність розглядається як стрижнева ідея принципу гуманізму у праві, вона виражає самоцінність та суспільну значимість, цінність людини і є рівною для всіх людей, незалежно від їх особистісних характеристик, соціальної ролі та поведінки.

ХАРТІЯ ОСНОВНИХ ПРАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЯК ФАКТОР МОДЕРНІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

С. Добрянський

Львівський національний університет імені Івана Франка

Країни Європи пройшли досить довгий шлях від прагнень створення об'єднаної Європи до існування Європейського Союзу (далі – ЄС) у його сучасному виді. Понад 50 років відбувається моделювання правових засад інтеграції європейських держав в економічних та політичних відносинах.

Україна з початку свого державного будівництва виявила намір посісти належне місце у європейському співтоваристві. Першим кроком у цьому керунку став вступ України до Ради Європи (далі – РЄ) і відповідне освоєння нею праволюдинних стандартів цієї організації, головними з яких, без сумніву, є правозахисні принципи Європейської конвенції з прав людини (далі – ЄКПЛ) та Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), відображені у його багаторічній практиці.

У той час, коли РЄ є перспективною формою політичної інтеграції держав Європи, ще більші можливості співпраці не лише у політичній сфері, а й у сфері соціальній, економічній відкриваються для України у такому міжнародному інтеграційному об'єднанні як ЄС.

Реалізація такого стратегічного завдання як вступ до ЄС вимагає від України, поряд з іншим, освоєння правової системи ЄС. Це виражається у розробці розгалуженої системи нормативно-правових актів, які покликані врегулювати процес адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

Неодмінною складовою правової системи ЄС є група його актів з прав людини, яка суттєво примножилася у зв'язку із розробленням та ухваленням ЄС у 2000 р. «конституційного білю прав людини і громадянина цього наднаціонального утворення» – Хартії основних прав ЄС (далі – Хартія ЄС).

До дії міжнародних чинників трансформації вітчизняного законодавства у напрямку все більшого втілення означеного принципу у поточному законодавстві, долучаються й певні внутрішні фактори, а саме: створення вперше у вітчизняній історії Конституційної Асамблеї, яка покликана розробити проект оновленої Конституції України, в тому числі й щодо удосконалення конституційно-правових норм з юридичного гарантування основоположних прав і свобод людини і громадянина.

Структурно-змістовні особливості Хартії ЄС. Зупинимося далі на окремих положеннях Хартії ЄС, що можуть мати значення для удосконалення положень Конституції України в напрямку зростання їх відповідності сучасним європейським стандартам.

Вже у преамбулі Хартії ЄС зазначено, що «людина та її інтереси – у центрі діяльності Союзу», а главу I цього акту прямо названо «Гідність».

© Добрянський С., 2014

Формулювання прав людини навколо поняття людської гідності, свідчить, на нашу думку, про визнання означеної властивості людини джерелом усіх її прав, а також про поступове зростання значення гуманізму, як системоутворюючої з-поміж інших засад сучасного інституту прав людини.

Видається, що ця інтегративна властивість, частка природи людини, є принципово важливою для пояснення феномену «позитивної дискримінації» як відмінної риси сучасної концепції прав людини.

Так, глава III Хартії ЄС «Рівність» включає правові норми, які закріплюють права дітей (ст. 24), права літніх людей (ст. 25), права осіб з фізичними та розумовими вадами (ст. 26).

Дозволимо висловити собі припущення, що сучасна інтерпретація поняття «гідності» людини (як її втілено, зокрема, в Хартії ЄС) покликана втілити на практиці ідею «соціальної компенсації органічної неповноцінності людини», тобто забезпечити виживання, гідне існування та розвиток індивідів, які внаслідок вроджених чи набутих вад потребують створення спеціальних «умов та засобів», котрі забезпечують їм «перемогу, а не поразку в боротьбі за життя».

Відтак, очевидним є неповна відповідність юридичних норм Конституції України соціальним стандартам, закріплених в Хартії ЄС.

Розгляд інституту прав людини крізь призму гідності людини дозволяє пояснити відмову розробників Хартії ЄС від традиційного поділу прав людини на особистісні, політичні, соціально-економічні та культурні групи, а використання натомість загальнолюдських моральних понять в якості критеріїв класифікації.

Отже, гідність як властивість людини і джерело її основних прав, вимагає забезпечення, на нашу думку, рівного правового статусу усіх її можливостей, що у свою чергу дозволяє вести мову про їх ***неподільність*** (однакову значимість для носія) як характерну рису сучасної інтерпретації феномена прав людини.

У цьому аспекті важко переоцінити внесок Хартії ЄС у вирішення такої сучасної проблеми загальної теорії прав людини як визнання універсальності, взаємопов'язаності, невідчужуваності та непорушності прав людини.

Визнання пріоритетного значення за людською гідністю чітко прослідковується при аналізі інших глав (головних структурних елементів) Хартії ЄС. У цьому ракурсі цікавим для аналізу виступає глава II «Свободи», до якої включено, окрім традиційних прав класичної доктрини природного права (так званих «негативних» – таких, як право на вільне висловлювання думки, свободу совісті та зібрань тощо), і такі права, які відносять у правничій літературі до прав другого покоління (зокрема, право на працю, право на житло).

Наведені положення свідчать про помітну трансформацію розуміння прав людини в аспекті свободи власне, на нашу думку, через визнання гідності людини джерелом її прав та свобод.

Ця трансформація, у свою чергу, сприяє консолідації усіх прав людини, навколо суб'єкта прав – людини незалежно від видової належності останніх.

Системний аналіз Хартії ЄС дозволяє дійти висновку про подальший розвиток інституту прав людини у напрямку все більшого задоволення потреб людини. Тобто такого розуміння прав людини, яке відображається можливостя-

ми людини, які необхідні для задоволення її життєво необхідних потреб. У цьому ракурсі важливого значення набуває, зокрема, ст. 36 Хартії ЄС, котра гарантує право на *«доступ до послуг загальноекономічного значення»*. Такими послугами є, скажімо, платні послуги, які мають ключову роль для економіки і життєдіяльності сучасного суспільства і які надаються у сферах телекомунікації, транспорту, енергетики. Це ті права останнього покоління, які покликані до життя науково-технічним прогресом і посиленням соціальної функції держави. Вважаємо, що запровадження однойменного права людини у текст чинної Конституції України зумовлюватиме проведення цілеспрямованої державної політики у зазначених сферах.

Свідченням розширення кола потреб людини, які отримують задоволення через розвиток інституту прав людини, є ст. 8 глави ІІІ «Рівність» Хартії ЄС, яка зветься «Захист персональних даних». Система можливостей людини, котра випливає з формулювання цієї статті спрямована на задоволення потреби людини на саморепрезентацію, або, кажучи іншими словами, на збереження щодо неї неспотвореної інформації, а у разі виявлення спотвореної – на внесення необхідних змін.

Цікаво зазначити, що необхідність визнання за людиною права практично однакового (ідентичного) за змістом зі змістом можливостей людини, які випливають зі ст. 8 глави ІІІ «Рівність», було сформульовано у зарубіжній правовій літературі німецьким правознавцем Дж. Кальтунгом.

Значення положень Хартії ЄС щодо модернізації праволюдинних положень Конституції України. Відтак, навіть коротке ознайомлення з структурою Хартії ЄС, а також із номенклатурою закріплених у ній прав людини, дозволяє побачити нову «філософію прав людини», яка отримує нормативне втілення в установчих документах ЄС, і запропонувати внести такі зміни та доповнення до тексту чинної Конституції України.

По-перше, з огляду на значимість поняття «гідність» у структурі Хартії ЄС слід погодитися з висловленою у науковій літературі пропозиції доповнити ст. 21 Конституції України ч. 2 такого змісту: *«Гідність людини є основою її прав та свобод»*.

По-друге, вельми актуальними правами людини з огляду на реалії українського суспільства є можливості, які випливають з ст. 36 Хартії ЄС «*Право на доступ до послуг загальноекономічного значення»*. Видається, що закріплення однойменного права людини у чинній Конституції України, є відповіддю на вимоги часу та практичною реалізацією положення п. 1 ст. 22 Основного Закону України про те, «що права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними».

По-третє, «проекція» гідності на сферу соціальних стандартів прав людини передбачає внесення змін до ст. 46 цього Основного Закону такого змісту: «*Людям похилого віку та людям з особливими потребами держава гарантує вжиття заходів, спрямованих на забезпечення їхньої незалежності, соціальної та професійної інтеграції й повноцінної участі у суспільному житті»*.

Гадаємо, що окремого дослідження і відповідного відображення у Конституції України потребують закріплені в Хартії ЄС соціально-економічні права

людини, зокрема права, закріплені у ст. 27 «Право працівників на інформацію і проведення консультацій на рівні підприємства», ст. 29 «Право на послуги з працевлаштування». У цьому аспекті варто погодитися з науковцями, які стверджують, що Хартія ЄС йде набагато далі у формуванні свого «стандарту» прав людини, включаючи у нього права, які надавались до цього галузевим законодавством, але які мають фундаментальне значення у виробничій сфері.

Основні висновки. Хартія ЄС беззаперечно посприяла забезпеченню більш високого рівня міжнародно-правового гарантування фундаментальних прав людини, а певні норми цього документа здатні слугувати взірцем для удосконалення конституційно-правового захисту прав людини в Україні. Норми цього документу сформовані з врахуванням світового та європейського досвіду, конституційних традицій держав-членів ЄС, а також практики ЄСПЛ і Суду ЄС.

СКЛАД ЮРИДИЧНОЇ ЛЕКСИКИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ

Т. Дудаш

Львівський національний університет імені Івана Франка

У юридичній мові крім юридичної термінології використовуються й інші мовні засоби, які можна позначити узагальненим найменуванням *«юридична лексика»*. Терміно-поняття «юридична лексика» можна визначити як усі лексичні засоби, що використовуються у мові правотворчості, правозастосування, правотлумачення, правореалізації, професійній юридичній мові та у мові юридичної науки.

Проаналізувавши мовні засоби, які використовують у юридичних текстах можна дійти висновку, що до складу юридичної лексики входять: юридичні терміни; юридична номенклатура; юридична абревіатура; професіоналізми; загальновживані слова; загальновживані слова, що мають спеціальне значення у нормативно-правових актах; спеціальні терміни, що належать до інших терміносистем.

Охарактеризуємо складові юридичної лексики. *Юридичний термін* – це слово чи словосполучення, яке є узагальненим найменуванням юридичного поняття і використовується в мові правотворчості, правозастосування, правотлумачення, правореалізації, професійній юридичній мові та у мові юридичної науки. *Юридична номенклатура* – це власні імена, зокрема назви нормативно-правових актів, державних органів, посадових осіб, державних нагород (наприклад, *Конституція України, Закон України «Про третейські суди»*). Юридична абревіатура, насамперед, скорочене найменування номенклатур (наприклад, *ЦК України, КСУ*). *Професіоналізми* – це слова, які використовуються в усному побутово-професійному мовленні юриста (наприклад, *юридичка, корпоративка*). *Загальновживаними словами, що мають спеціальне значення у нормативно-*

© Дудаш Т., 2014

правових актах, можна вважати слова, що за своєю природою не є юридичними термінами, однак мають дефініцію, яка спеціалізує їхнє значення у нормативно-правовому акті (наприклад, до таких слів можна віднести слова *будівлі, алкогольні напої у Податковому кодексі України*). Спеціальні терміни, що належать до інших терміносистем, використовуються, насамперед, у мові правотворчості й у мові правозастосування. До таких можна віднести, наприклад, терміни *поліграф, айпі-адреса*.

Особливостями юридичної лексики можна вважати полісемію, омонімію, синонімію та антонімію юридичної лексики. ***Полісемія*** юридичної лексики є у випадку, коли одне слово має декілька значень. Полісемія – факт однієї терміносистеми. Полісемія характерна для слів, що позначають абстрактні поняття. Полісемія припустима для термінів, як і синонімія. Яскравими прикладами юридичних термінів, для яких характерна полісемія, є терміни *держава, право*. ***Омонімія юридичної лексики*** − слово звучить однаково, але позначає різні поняття. Омонімія − факт різних терміносистем, тому слова з різними значеннями у різних галузях права – омоніми. Яскравими прикладами юридичних термінів, для яких характерна омонімія, є терміни *сторони, сім'я, третя особа*. Слова юридичної лексики − омоніми до слів загальної лексики. Щодо слів, для яких характерна полісемія чи омонімія треба дотримуватися правил використання багатозначних слів у юридичній мові, до яких можна віднести: 1) недопустимість використання багатозначності слова (словосполучення), яка не усувається нормативним граматичним реченням або словосполученням. Багатозначне слово (омонім чи полісемічне слово) потребує конкретизації, уточнення, прив'язки до значення речення. Наприклад, у юридичній мові без прив'язки не використовується слово «акт», яке залежно від контексту може розглядатися як акт-дія, акт-документ, акт-тлумачення, акт-роз'яснення; 2) недопустимість «насичення» юридичного тексту (зокрема, тексту нормативно-правового акту) багатозначними словами та словосполученнями. Велика кількість слів із переносним значенням негативно впливає на точність вираження юридичних норм, що призводить до труднощів у їх розумінні та тлумаченні.

Про ***синонімію юридичної лексики*** йдеться, коли слова називають одне і те саме явище, але позначає різні поняття. Синоніми максимально наближені один до одного внаслідок схожості між собою різних понять і спільності предметів найменування. Треба дотримуватися правил використання синонімів у юридичній мові, до яких можна віднести: 1) недопустимість використання квазісинонімів − слів або словосполучень, що не стоять у так званому синонімічному спорідненні. Вживання у нормативному акті квазісинонімів – дефект, що небезпечно впливає на смисл норми та здатний змінити волю законодавця (*однорідні суспільні відносини, однопорядкові суспільні відносини, подібні суспільні відносини*); 2) недопустимість використання неточного відтінкового синоніму. Кожний синонім має свій відтінок, своє відтінкове значення. Прагнення корисно застосувати відтінок синонімічних слів та словосполучень потребує пошуку конкуруючих мовних одиниць (*«катастрофічна ситуація – замість небезпечна ситуація»)*; 3) недопустимість синонімічної надмірності. Багато синонімів, їх безсистемне використання знижує ефект розуміння юридичного тексту. Приро-

да юридичного тексту, насамперед тексту нормативно-правового акта, передбачає чітке дозування синонімів.

Про ***антонімію юридичної лексики*** йдеться, коли слова з протилежними значеннями позначають поняття, котрі мають протилежні властивості. Антонімія − факт однієї терміносистеми. Треба дотримуватися правил використання антонімів у юридичній мові, до яких можна віднести: 1) дотримання принципу симетричності (взаємовиключності слів або словосполучень) під час використання антонімічної пари. Протилежне слово або висловлювання не може довільно замінюватись іншим словом чи словосполученням; 2) доцільно уникати протиставлення багатозначних слів, а також слів, які є в синонімічній залежності. Протиставлення багатозначних слів може порушити узгодженість правових норм, єдність системи права, а відповідно, ускладнити сприйняття змісту юридичного тексту.

З особливостями юридичної лексики пов'язаний і ***переклад юридичної лексики*** означає адекватну заміну слів однієї мови словами іншої мови в юридичній сфері. В основу різних юридичних термінів покладені різні уявлення, зумовлені специфікою правової системи, тому переклад опосередкований правовими традиціями. Наприклад, англійський термін «*claim for possession»* не можна перекласти дослівно «позов про власність. Дослідивши контекст його вживання можна запропонувати контекстуальний переклад − *позов про виселення.* ***Запозичення юридичної лексики*** відбувається, якщо у відповідній системі юридичної термінології немає певних понять, але вони визначені і названі в іншій мові. Наприклад, запозиченими термінами, які позначають реалії правових систем є терміни *солісітор, баррістер, Генеральний Аторней.*

Отже, до складу юридичної лексики, крім юридичних термінів входять й інші мовні засоби. Не можна ототожнювати юридичні терміни з іншими складовими юридичної лексики, зокрема з загальновживаними словами, які мають спеціальне значення у нормативно-правовому акті. Адже останні хоча й мають визначення у такому акті, не позначають юридичного поняття. Спеціальні терміни, котрі належать до інших терміносистем, використовуються у юридичній мові у тому значенні, в якому вони використовуються у відповідних галузях науки.

КОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ТА ЗАКОННІСТЬ ЯК ОЗНАКИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ

Ю. Заплотинська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Запорукою верховенства права є, перш за все, неухильне дотримання законів та Конституції України всіма органами державної влади, юридичними

© Заплотинська Ю., 2014

та фізичними особами. Особливе значення набирає додержання конституційних та законодавчих положень Кабінетом Міністрів України під час прийняття ним нормативно-правових актів. Крім того, ці акти за своєю сутністю також повинні бути законними та конституційними.

Нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України були предметом дослідження таких науковців, як Зайчук О.В., Колодій А.М., Лисенков С.Л., Луць Л.А., Онищенко Н.М., Скакун О.Ф., Шестопалов Л.М. та інші. Більш ґрунтовний аналіз у галузі здійснювався, зокрема, Шаповалом В.М. та Горбуновою Л.М. Тим не менше, питання конституційності та законності урядових актів є недостатньо дослідженими у сучасній українській юридичній науці та потребує більшої уваги наукових кіл.

Конституція України є основоположним документом найвищої юридичної сили, яким регулюються найважливіші суспільні відносини у державі та закріплюються основи функціонування держави. Виходячи із першочергової ролі Основного Закону та його безпосередніх положень, всі нормативно-правові акти повинні прийматися на основі Конституції України та відповідати їй. До них також належать урядові акти, хоча їх особливий статус підкреслюється також поширенням на них юрисдикції Конституційного Суду України відповідно до статті 150 Конституції України.

Крім того, законність як необхідна вимога до нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України також випливає із конституційних положень та знаходить своє продовження у нормах законів. Хоча прямо й не закріплений у Конституції України, принцип верховенства закону випливає з ряду конституційних положень. Закони відповідно до конституційних норм є першочерговим засобом правового регулювання. Крім того, як випливає зі статей 6, 19, 106, 113, 118, 135 Конституції України, всі органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб визначені не лише Конституцією, але й законами України, це підкреслює їх значущість та важливість. Таким чином, примат законів над нормативно-правовими актами Кабінету Міністрів України випливає з конституційних положень, які закріплюють принцип верховенства права і закону. Це також знайшло своє відображення у подальшому законодавстві, зокрема, Законі України «Про Кабінет Міністрів України», стаття 50 якого закріплює, що акти уряду приймаються на основі та на виконання законів України.

Відповідність нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України нормам Конституції та законів України є беззаперечно необхідною. Широке коло суспільних відносин, які регулюються відповідними актами, численні повноваження, якими наділений уряд, а також значна кількість схвалюваних ним актів надають їм непересічного значення. Проте, чи є потреба надавати цим актам настільки високого статусу, що вони підлягають перегляду Конституційного Суду України на предмет їх конституційності?

Крім вищезгаданої можливості звернення до Конституційного Суду, громадяни, а також всі інші фізичні та юридичні особи мають право оскаржити акти Кабінету Міністрів України у судах загальної юрисдикції, що випли-

ває зі статті 55 Конституції України. При оскарженні таких актів до суду, особа може посилатися як на порушення законів, так і безпосередньо Конституції України. Більше того, урядові акти можуть бути скасовані Президентом України на його розсуд без обов'язкового посилання на мотиви такого скасування, зокрема, порушення таким актом Конституції чи законів України не є обов'язковими мотивами для скасування.

Проте, варто більш критично проаналізувати можливості оскарження конституційності, законності, а також скасування нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України. Відсутністю вимоги щодо наявності визначених підстав для скасування урядових актів главою держави нівелюється самостійний статус Кабінету Міністрів України. Виходить, що Президент України, який формально не названий головою уряду, фактично керує державною виконавчою владою. Проте, сам Президент України відповідальності за здійснювану політику уряду не несе, плюс, враховуючи інші повноваження та роль Президента України, можна зробити висновок, що надання йому повної свободи при скасуванні актів Кабінету Міністрів України є порушенням балансу влад. Отже, доцільним було б внести зміни у п. 16 ч. 1. Статті 106 Конституції України, або визначивши чіткий перелік підстав, з яких Президент України уповноважений скасовувати акти Кабінету Міністрів України, або скасувавши цей пункт у цілому.

Крім того, можливість судового оскарження актів Кабінету Міністрів України, визнана статтею 55 Конституції України, а також підзаконний статус постанов українського уряду, в цілому нівелюють потребу існування процедури оскарження конституційності актів Кабінету Міністрів України в порядку конституційного судочинства. Навпаки, складність конституційного судочинства, обмеженість доступу до нього можна вважати порушенням прав людини і громадянина: у разі, якщо нормативно-правовим актом Кабінету Міністрів України порушуються конституційні, тобто основоположні, права особи, вона опиняється позбавленою права оскаржити такий акт до Конституційного Суду України. Таким чином, пропонується внести зміни до статті 150 Конституції України у частині належності до повноважень Конституційного суду України вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) актів Кабінету Міністрів України, визнавши цей підпункт нечинним.

Отже, відповідність нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України є запорукою ефективного функціонування принципу верховенства права, а також гарантією дотримання прав і свобод людини. Можливість оскарження та скасування актів, які не відповідають вимогам конституційності і законності, є необхідним елементом механізму забезпечення верховенства права. Проте, не всі процедури, передбачені Конституцією України, можна вважати доречними та необхідними. Зокрема, вбачається за бажане внести зміни до конституційних положень, зокрема, забрати можливість перегляду урядових актів Конституційним судом на предмет їх відповідності положенням Конституції України, а також можливість скасування нормативних актів Кабінету Міністрів України Президентом України без належних мотивів.

ДЖЕРЕЛА ПРАВА ЧЕСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

В. Клабан

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасна правова система Чеської Республіки хоча і відноситься до континентального права, але все більше трансформується під впливом європейських міжнародних правових стандартів. Ці зміни, насамперед, охоплюють систему джерел права, яка покликана забезпечити ефективне правове регулювання суспільних відносин.

У сучасній юридичній літературі відсутній єдиний підхід до розуміння форми (джерела) права.

Деякі автори під джерелом права розуміють визнану в конкретному суспільстві офіційну форму (спосіб) зовнішнього вираження та закріплення норм права, посилання на яку підтверджують їхнє існування (Г.О. Христова). Інші, під формою (джерелом) права розуміють офіційно встановлені форми зовнішнього виразу та закріплення норм чинного права (В.М. Протасов).

Проте, теорії імен та формально-логічним вимогам відповідає поняття зовнішньої форми (джерела) права як форми об'єктивації норми права шляхом надання їй загальнообов'язковості.

Це визначення поняття є найбільш узагальненим і відображає природу такого явища як джерело права. В той же час, поняття «зовнішня форма (джерело) права» відображає не лише форму об'єктивації норми права, а й її мету – виникнення юридичних наслідків, а це можливо лише завдяки загальнообов'язковому характеру. До зовнішніх форм (джерел) права, як правило, відносять: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий звичай, нормативно-правовий судовий прецедент, принципи права, правову доктрину, релігійні джерела.

В міжнародному праві, зокрема до джерел права відносять: міжнародний договір, міжнародний правовий звичай, загальні принципи міжнародного права, судові рішення (прецеденти), правову доктрину.

До джерел романо-германського (континентального) права відносять: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий звичай, загальні принципи права, правову доктрину, судові рішення (прецеденти або судову практику).

Для континентального права характерним є те, що в системі джерел права переваги віддаються нормативно-правовому акту, зокрема закону; існує чітка ієрархія нормативно-правових актів: конституція, закони, підзаконні акти; найвищу юридичну силу в цій ієрархії має Конституція (основний закон); в системі існує значна частина кодексів, які охоплюють основні галузі та інститути. В той же час, в правових системах континентального права нині зростає кількість міжнародних договорів, значимість судових прецедентів.

© Клабан В., 2014

Основними джерелами права в Чеській Республіці є нормативно-правові акти: Конституція Чеської Республіки, закони, підзаконні нормативно-правові акти.

Конституція Чеської Республіки (ст. 3) передбачає, що складовою частиною конституційної системи Чеської Республіки є Хартія основних прав та свобод. Цей документ прийнятий 9 січня 1991 року у формі конституційного закону, а після вступу в дію Конституції Чеської Республіки 1 січня 1993 року він став складовою частиною Конституції.

Хартія основних прав та свобод складається із 44 статей, визначає правовий статус особи, а також механізм їх забезпечення. Окрім цього складовою системи джерел права, є і міжнародні договори. Так, ст. 10 Конституції Чеської Республіки передбачає, що ратифіковані та оприлюднені міжнародні договори про права людини та основні свободи, зобов'язання по яких прийняла на себе Чеська Республіка, є безпосередньо діючими та мають переваги щодо внутрішнього законодавства.

Міжнародні договори, на укладання яких потрібна згода Парламенту, ратифікується в порядку встановленому для прийняття законів. До системи джерел права входять конституційні та звичайні закони. Закони приймаються парламентом. Законодавча процедура, насамперед, визначається у Конституції Чеської Республіки (статті 41–48).

Згідно ст. 9 Конституції Чеської Республіки зміни та доповнення до Конституції мають здійснюватися тільки конституційними законами. Конституційними законами визначається порядок утворення органів держави, їх компетенція, права і свободи людини.

Окрім, цього до системи джерел права відносяться рішення Президента Республіки, постанови уряду, правові акти (приписи) міністрів, інших адміністративних установ та органів територіального самоврядування.

Так, п. 3 ст. 79 Конституції Чеської Республіки передбачає, що міністерства, інші адміністративні установи та органи територіального самоврядування можуть на підставі і в межах закону видавати правові акти (pravni predpisy), якщо вони уповноважені на це законом.

Важливе місце в системі джерел права займають кодекси: Цивільний кодекс, Цивільний процесуальний кодекс, Торговий кодекс, Трудовий кодекс, Кримінальний кодекс, Кримінальний процесуальний кодекс.

Після входження Чеської Республіки в Європейський Союз система джерел права була значно розширена за рахунок джерел права Європейського Союзу: Лісабонського договору, міжнародних договорів Європейського Союзу, а також вторинних джерел права Європейського Союзу: регламентів, директив, рішень, рекомендацій.

Важливим джерелом права є і рішення Суду Європейського Союзу (Суду Справедливості), які мають прецедентний характер.

Важливе значення для розвитку системи джерел права мають і принципи права Європейського Союзу, насамперед мова йде про принципи верховенства права Європейського Союзу, та принципи прямої дії. Ці принципи мають функціональний характер. Принцип верховенства права Європейського Союзу ви-

значає пріоритет права Європейського Союзу щодо національно права держав-учасниць. Принцип прямої дії передбачає безпосереднє застосування права Європейського Союзу на території держав-учасниць без процедур імплементації.

Складовою частиною системи джерел права стала і Хартія Європейського Союзу з прав людини. Проте, ще від часу ратифікації Лісабонської угоди Чеська Республіка ставить питання про деякі застереження до положень Хартії. Зокрема мова йшла про питання пов'язані з Декретами Бенеша, за деякими з яких у 1946 р. Тимчасові національні збори визнали силу законів, насамперед, у частині виселення судето – німецького населення з Чехословаччини. Хоча на нині ці акти і є чинними джерелами права Чеської Республіки, проте вони перестали бути актуальними.

В той же час, вони мали великий вплив на становлення права власності у низки суб'єктів в повоєнний період, для яких деякі положення Хартії можуть бути загрозливими в контексті виникнення позовів до судів Європейського Союзу від спадкоємців виселених, у свій час, судетських німців.

І хоча Лісабонська угода була підписана за умови внесення цих застережень до протоколу, проте Європарламент у травні 2013 р. рекомендував Європейській Раді «не вносити цю поправку до протоколу».

Водночас, правові експерти вважають, що ці декрети не підпадають під юрисдикцію Європейського Союзу і є національним законодавством, а відтак і внутрішнім питанням Чеської Республіки. Але, мабуть, питання про співвідношення цих декретів та первинного права Європейського Союзу, а також повноважень Суду Європейського Союзу щодо такого роду питань будуть залежати від рівня євроінтеграційних процесів та відносин між державами-учасницями Європейського Союзу.

В цілому система джерел права Чеської Республіки в нинішніх умовах хоча і належно регулює суспільні відносини, проте не позбавлена певних деформацій, подолання яких є завданням як суб'єктів правотворчості так і правознавців.

СУЧАСНА ВІТЧИЗНЯНА ЮРИДИЧНА НАУКА: МІФИ ТА РЕАЛЬНІСТЬ

Л. Луць

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правова реальність в сучасних умовах, в значній мірі залежить від зрілості юридичної науки, яка активно впливає на неї.

Зрілість будь-якої науки, зокрема юридичної, визначається наявністю сталих наукових парадигм. У вітчизняному правознавстві пошук та становлення таких парадигм відбувається шляхом запозичення положень відомих західних

© Луць Л., 2014

доктрин, теорій, концепцій та намаганням їх формалізації у чинній системі джерел права. А це свідчить про допарадигмальність або депарадигмальність (відсутність фундаментальних концепцій, хаотичність наукових досліджень, відсутність загальних наукових параметрів, відповідних методів і засобів пізнання, наукових критеріїв оцінювання отриманих результатів).

І хоча для вітчизняної юридичної науки притаманний активний пошук наукових парадигм, основних напрямків розвитку методології все ж її сучасний стан характеризується значною міфологізацією, зокрема ідеологізацією.

При цьому слід зазначити, що під міфом, як правило, розуміють таку форму свідомості, в якій наукові знання про реальність підмінено вигадкою, вимислом, легендою, символом (образом), а під міфологією – спосіб розуміння та відображення дійсності, що хоча і характерний, був, насамперед, для ранніх етапів розвитку людства, але покликаний і сьогодні заповнювати пізнавальні прогалини вигаданим, бажаним баченням реальності.

Міф є результатом міфологізації, завдяки якій у явищах (і зокрема, державно-правових) виявляються невластиві закономірності; деякі з властивостей оголошуються найбільш досконалими; ототожнюється очевидне зі смислом; реальність підміняється бажаним образом; деяким явищам присвоюються властивості ідеальності; ідеально перебільшене видається за абсолютний орієнтир; подвійна символізація (міф стає реальністю) створює всі умови для переходу до ідеологізації, в процесі якої формуються або правові ідеали для суспільства, або ж ідеологеми, які можуть бути загрозливими для науки.

Розміфологізувати реальність під силу лише науці, основою якої є не ідейно-символічний (образний), а понятійний апарат, який формується, насамперед, шляхом виявлення основних закономірностей явищ. Адже наука спрямована на пізнання закономірностей.

Сучасна соціально-гуманітарна наука, і зокрема юридична, тісно пов'язана з ідеологією, що часто веде до перетворення її через механізми ідеологізації (міфологізації) в апологетику, є перешкодою до розвитку науки як системи соціально значимих знань необхідних для розвитку суспільства. Вихід із цього стану вбачається у чіткому розмежуванні міфології та науки, виявленні та розв'язанні основних наукових проблем.

Так, серед актуальних питань вітчизняного правознавства і дотепер є поняття юридичної науки, а також її структура. Як правило, під юридичною наукою розуміють систему соціально значимих знань про державно-правові явища.

Водночас, у юридичній літературі висловлюються міркування про те, що юридична наука це не лише система знань, а й пізнавальна наукова діяльність завдяки якій ці знання отримані (зокрема, суб'єктам діяльності, методам та засобам пізнання). Враховуючи це, під юридичною наукою (у широкому сенсі) слід розуміти систему знань про закономірності виникнення, функціонування та розвиток державно-правових явищ, що організована за допомогою відповідних методів та засобів пізнання у ході здійснення наукової діяльності.

Як відомо, нині юридична наука є складною системою із диференціацією, її на теоретичні, галузеві, міжгалузеві, прикладні, історико-правові науки та науки римського, міжнародного, зарубіжного права.

Така диференціація, як відомо, можлива за наявності у кожної підсистеми знань власних предметів та методів пізнання. Саме предмет і методи пізнання визначають основні параметри кожної підсистеми знань: теоретичної, історичної, галузевої тощо. Та й до структури юридичної науки в широкому сенсі входять: суб'єкти, об'єкти, предмет, методи та засоби, методика наукового пізнання та результати. Основою ж розвитку юридичної науки є наукове дослідження, тобто такий вид пізнавальної діяльності, завдяки якому суб'єкт вивчаючи об'єкти у межах предмету конкретної науки формує нові знання та організовує їх у логічно цілісну систему.

У вітчизняній юридичній науці сьогодні не у всіх підсистемах знань встановлені такі наукові критерії як власний предмет та метод.

У загальній теорії держави та права ці критерії визначені: предмет – це основні сутнісні властивості державно-правових явищ, що зумовлюються загальними закономірностями їх виникнення, функціонування та розвитку; метод – це спосіб пізнання державно-правових явищ, що складаються із системи прийомів, за допомогою яких виявляються загальні закономірності їх виникнення, функціонування та розвитку. Окрім цього, відповідно до предмету визначається і частка прийомів пізнання у межах методу та засоби, завдяки яким і виокремлюються такі загальні закономірності. Таким чином, загальна теорія нині вже може виконувати своє призначення: формувати смислову систему координат для юридичної науки та юридичної практики в цілому.

Міфологізація юридичної науки в частині наукознавчих критеріїв починається за межами загальної теорії держави і права. В інших підсистемах знань, в яких, як правило, відсутні знання про власну методологію, вчення про метод, який є притаманний лише цій підсистемі знань. Разом з цим, в них спостерігається ототожнення предмету пізнання з предметом правового регулювання; не розмежовуються питання навчальної дисципліни; нормативно-правової галузі (чи інституту) та наукової підсистеми (галузі знань); наукові доробки мають зазвичай описовий характер. Отже, визнання цих підсистем автономними, окремими галузями юридичної науки є міфом.

Проте і теорія права та філософія права не позбавлена міфологізації та міфів, насамперед, в контексті питань про типи праворозуміння.

Трактуючи тип праворозуміння як сукупність основних засад, що визначають певний підхід до розуміння змісту та сутності права, слід зауважити, що такий підхід не може бути єдиним. Виникнення різних підходів і типів розуміння викликано потребою характеристики різних сторін такого явища як право. І відповідь на ці питання саме і дають знання про різні типи праворозуміння. Отже ідеологізація, будь-якого з них є своєрідною міфологізацією.

У вітчизняній юридичній науці, яка ще донедавна розвивалася лише на засадах юридичного позитивізму, нині перевагами користується природньоправовий тип праворозуміння. Останній трактується по-різном, і часто ототожнюється з правами людини, з мораллю, релігією, правосвідомістю тощо, міфологізується.

Проте, така міфологізація є своєрідною юридизацією неправових проблем, переоцінкою значимості природньоправового типу. Та й права людини не

є правовою проблемою, оскільки і сама людина в праві і її права це символ, абстракція але не реальність.

Та й значимість та гарантованість прав людини як критерію для характеристики держави як правової, прогресивної чи для вдосконалення національної або міжнародної правової системи є своєрідною міфологізацією і насамперед, тому що в такому трактуванні права людини це ненаукове припущення, а отже, не може бути науковим критерієм, та й теорія прав людини не має адекватного наукового понятєвого апарату; поняття ж прав людини – це абстракція, а конкретне право людини – моральний, духовний, політичний стан.

Юридизація прав людини, механізму їх реалізації веде до розмивання такого права, розчинення його в правовому регулюванні (зокрема, завдяки забезпечення його державою). Важливим при цьому є і питання взаємозв'язку прав та обов'язків. Так, якщо права людини пов'язані з обов'язками, зокрема з відповідальністю, тоді до них необхідно віднести і право на помилку, і аморальність, і правопорушення тощо. Якщо ж не пов'язані, тоді це абстракція, ідеалізація, міфологізація.

Таким чином, витребуваністю така категорія як права людини мала б користуватися лише в контексті політичної чи правової ідеології. Виявлення природи прав людини в такому контексті, дозволило б розміфологізувати природнє праворозуміння, і зокрема розвінчати міф про права людини, як правове питання, хибність ідеологеми «права людини – єдина цінність».

Для сучасної вітчизняної юридичної науки характерною є значна міфологізація, зокрема ідеологізація: це і питання наукознавчих критеріїв як юридичної науки в цілому, так і підсистем знань; типів праворозуміння; правової, соціальної держави, громадянського суспільства, верховенства права; прав людини та її свобод, інтересів в праві тощо.

Такий стан юридичної науки свідчить про відсутність чітких параметрів науковості, депарадигмальність, її псевдонауковість.

Вихід з такого стану вбачається у розвитку методології юридичної науки, яка дозволить встановити чіткі параметри науковості, межі між правовою реальністю (дійсністю) та ідеальністю (символами, ідеалами, міфами).

НОРМАТИВНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ В УКРАЇНІ: СУЧАСНІ РЕАЛІЇ

О. Монастирський
Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з тенденцій сучасного правового розвитку на європейському континенті є правова інтеграція. Такі процеси потребують забезпечення нале-

© Монастирський О., 2014

жної правової взаємодії різних правових систем між собою. Одним із способів забезпечення такої взаємодії є нормативно-правова уніфікація. Поряд з цим, нормативно-правова уніфікація використовується в національному праві, як складова частина правотворчості. І в міжнародному, і в національному праві кінцевою метою нормативно-правової уніфікації є забезпечення уподібненого правового регулювання. Така мета забезпечується вдалим поєднанням правових засобів, що використовуються при прямій та непрямій уніфікації.

У вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі деякі питання нормативно-правової уніфікації досліджуються в працях Бахіна С., Тіхомірова Ю., Вілкової Н., Давіда Р., Луць Л., Опришко В. Однак, велика увага приділяється уніфікації міжнародного приватного права чи окремих його інститутів, а з позицій загальної теорії питання нормативно-правової уніфікації є малодослідженими. При цьому загальнотеоретичні питання нормативно-правової уніфікації в Україні спеціально не вивчалися.

В сучасних умовах в Україні крм прямої та непрямої уніфікації має місце публічно-правова та приватно-правова, матеріальна та процесуальна нормативно-правова уніфікація.

Переважає непряма уніфікація, що використовується при переробці та об'єднанні в новий акт загальних нормативно-правових приписів, пов'язаних спільним предметом правового регулювання, що раніше містилися в різних джерелах права. Такі приписи усувають правові деформації, знижують правову інфляцію та забезпечують більш ефективне регулювання суспільних відносин. При непрямій уніфікації також досягаються завдання уніфікації, проте мета такого процесу може бути зовсім іншою.

Така уніфікація має місце, насамперед, при кодифікації. В Україні на сьогодні є 22 кодекси.

Сучасний стан кодифікації в Україні характеризується наявністю великої кількості кодифікованих актів в сфері і публічного, і приватного права та їх постійним збільшенням. Однак, частка загальних, єдиних приписів, які є результатом уніфікації, в загальній масі нормативно-правових приписів є невеликою.

Слід зауважити, що результати кодифікації не завжди співпадають із завданнями уніфікації. Для прикладу можна привести приписи чинного Цивільного Кодексу України, частина з яких була переопрацьована та уніфікована з врахуванням приписів законів України.

Разом з тим, багато приписів окремих законів продубльовані в Цивільному кодексі України, що призвело до подвійного регулювання, зокрема, це приписи Закону України «Про страхування», Закону України «Про господарські товариства», Закону України «Про авторське право і суміжні права», Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» тощо.

Крім цього, значна частина приписів Цивільного кодексу України, особливо в сфері регулювання окремих видів договірних зобов'язань, запозичена з

Цивільного Кодексу Російської Федерації (зокрема комерційний кредит, банківський вклад, банківський рахунок, розрахунки, комерційну концесію, тощо), а також з іноземного законодавства. За таких обставин кодифікація має ознаки рецепції, а не уніфікації.

На рівні законів уніфікація застосовується менше. Загальні нормативно-правові приписи законів створюються в результаті уніфікації положень кількох законів та підзаконних нормативно-правових актів.

Прикладом такої уніфікації може бути прийняття Закону України «Про судовий збір» від 08.07.2011 року. Вказаний закон містить загальні нормативно-правові приписи стосовно розмірів та порядку сплати судового збору, які замінили норми Декрету Кабінету Міністрів «Про державне мито» від 21.01.1993 року та Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку оплати витрат з інформаційно-технічного забезпечення судових процесів, пов'язаних із розглядом цивільних та господарських прав, та їх розмірів» від 21.12.2005 року, які передбачали сплату двох різних платежів.

Нормативно-правова уніфікація також використовується при взаємодії національного права з міжнародним.

При адаптації законодавства України до правових стандартів Ради Європи поряд з гармонізацією, широко використовується нормативно-правова уніфікація. Перш за все, уніфікація відбувається при ратифікації конвенцій та міжнародних договорів Ради Європи (в повному обсязі чи із застереженнями). При цьому такі міжнародні угоди можуть або безпосередньо застосовуватись в національній правозастосовній практиці, або задля конкретизації норм конвенцій приймаються окремі закони та підзаконні нормативно-правові акти. Прикладом прямої дії норм конвенцій може бути Конвенція про захист прав та основних свобод 1950 року, яка завдяки правотлумачній практиці Європейського суду з прав людини може самостійно регулювати відносини у сфері забезпечення прав людини.

Уніфікації українського законодавства, правотлумачної та правозастосовної практики до правових стандартів Ради Європи в галузі прав людини сприяють рішення Європейського Суду з прав людини.

Поряд з конвенціями Ради Європи засобами уніфікації можуть бути і інші міжнародні договори. Такі договори, насамперед, забезпечують міждержавну співпрацю у визначених сферах та можуть укладатися, як в рамках міжнародних організацій, так і на дво- чи багатосторонньому рівні. Деякі з них виконують завдання уніфікації шляхом забезпечення правової взаємодії держав між собою за допомогою загальних нормативно-правових приписів, що в них містяться. Зокрема, це договори про усунення подвійного оподаткування, правової допомоги, легалізації документів та ін.

Останнім часом активізувалась правотворча діяльність по адаптації українського законодавства до права Європейського Союзу. Цьому сприяла підготовка до підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Проект даної Угоди передбачав комплекс зобов'язань та вимог в сфері торгівлі, митних правил, послуг, інтелектуальної власності, конкуренції, оподаткування, охорони до-

вкілля та ін., а також ряд спільних заходів у вищезазначених сферах, спрямованих на зближення ринків та усунення бар'єрів. При цьому ключовою є вимога адаптації законодавства України до aquis ЄС у зазначених сферах. І хоча дана Угода не була укладена, її проект може стати програмою дій на найближчий період, в якому визначено чіткий перелік конкретних правових стандартів та законодавчих актів ЄС, з якими має бути уніфіковане українське законодавство.

Застосування уніфікованих актів в Україні відбувається переважно в сфері приватного права, а також митного права. Пряма уніфікація за допомогою уніфікованих актів та уніфікованих приписів є ефективною в тих сферах, де правове регулювання іншими способами є недоцільним. Уніфіковані приписи забезпечують однотипне правове регулювання за допомогою готових наборів положень контрактів, які максимально узагальнені таким чином, щоб не суперечити національному законодавству сторін контракту. Прикладом прямої уніфікації в Україні є широке застосування в договорах поставки умов поставок згідно Інкотермс 2010 при чому і в межах внутрішнього товарообігу.

На сьогоднішній день в Україні використовуються різні види та засоби нормативно-правової уніфікації в багатьох сферах правового регулювання. Нормативно-правова уніфікація спрямована на підвищення ефективності законодавства за рахунок упорядкування нормативно-правових приписів, усунення їх надмірної спеціалізації, уникнення та усунення правових дефектів та забезпечення узгодженої взаємодії національного та міжнародного права. Наявність таких недоліків законодавства викликає потребу та доцільність саме в уніфікації.

В Україні переважає непряма уніфікація з використанням таких правових засобів як кодекси, закони, конвенції, міжнародні договори та загальні нормативно-правові приписи. Основним засобом нормативно-правової уніфікації в Україні є кодекс. Водночас, наявні суттєві недоліки кодифікації, що перешкоджають уподібненому правовому регулюванню та правозастосуванню – наявність «застарілих» кодексів, неповнота та вибірковість кодифікації нормативно-правових приписів, дублювання приписів в кодексах та інших нормативно-правових актах, неузгодженість нормативно-правових приписів нових кодексів між собою та між приписами інших актів. Такі недоліки не тільки не сприяють ефективному правовому регулюванню, а, навпаки, породжують прогалини в законодавстві, конкуренцію та колізії правових норм.

Стрімкий розвиток міжнародної торгівлі визначає потребу у широкому застосуванні окремих уніфікованих актів та уніфікованих приписів в Україні. Такі акти та приписи забезпечують уподібнене правове регулювання в сфері не тільки міжнародного контрактного права, а й при регулюванні відносин між суб'єктами господарювання в Україні.

В сучасних умовах спостерігаються тенденції до подальшої кодифікації системи законодавства, зростання ролі судової практики у забезпеченні уподібненого правозастосування та правотлумачення та її наближення до загального права, розширення сфери застосування уніфікованих актів, активізація процесу уніфікації до законодавства ЄС.

ОСОБЛИВОСТІ ЗМІШАНОГО ТИПУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ В КОНТЕКСТІ ПРАВОВОЇ ІНТЕГРАЦІЇ

І. Настасяк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтеграційні процеси істотно впливають на розвиток сучасних правових систем світу, спричинюючи їхню трансформацію, зближення та уподібнення правового регулювання під впливом міжнародних правових стандартів.

Як основні типи сучасних правових систем світу виділяють континентальний, загальний і, що важливо в контексті нашого розгляду, змішаний тип. Критеріями для такого виокремлення є особливості інституційної, функційної та нормативної частин правової системи, які визначають її найсуттєвіші ознаки, та відповідний рівень нормативності механізму правового впливу.

Змішаний тип правової системи містить низку підтипів: дуалістичний (скандинавське, латиноамериканське право), релігійний (мусульманське, іудейське право), традиційний (японське, китайське право), звичаєвий (африканське право). Його ознаками є: наявність спеціально уповноважених правотворчих суб'єктів, як правило, зі звуженими нормотворчими повноваженнями; рецепція ознак загального та континентального права; низці систем притаманні релігійні, звичаєві, традиційні елементи; розмежування правотворчої, правозастосовної, правотлумачної діяльності; середній рівень нормативності (менш структурована система права, нечіткий галузевий поділ); урізноманітнена система джерел права.

До тенденцій розвитку означеного типу правової системи можна віднести: посилення змішаного характеру системи, збільшення кількості міжнародних договорів, формування під впливом міжнародних стандартів.

У дуалістичному підтипі змішаного типу правової системи виокремлюється група скандинавських правових систем: Швеції, Норвегії, Фінляндії, Данії та Ісландії. І хоча в порівняльно-правовій літературі цю групу правових систем часто зараховують до романо-германського (континентального) типу, проте наявність ознак не лише континентального, а й загального права свідчить про його змішаний дуалістичний характер. Ще однією зі спеціальних ознак є те, що цій групі правових систем властивий високий рівень правової уніфікації.

Щоправда, для формування та функціонування такого типу, як скандинавський, завжди існували специфічні умови: географічна близькість держав; подібність історичного та правового розвитку, соціального стану, мови, економічного потенціалу; тісні економічні, політичні зв'язки між державами; взаємовідносини з європейськими правовими системами континентального та загального права, рецепція їх ознак.

З континентального права скандинавський тип рецептував низку ознак: у системі джерел права переваги мають нормативно-правові акти, у їх ієрархії

© Настасяк І., 2014

найвище місце посідає конституція, або конституційні закони; важливе значення мають кодифіковані акти; система права поділяється на приватне та публічне право (хоча публічне право при цьому значно відрізняється від континентального типу). Водночас у правових системах скандинавського права серед джерел права важливе значення має судовий правовий прецедент, а судочинство функціонує за принципами англійської правової системи.

Загалом система джерел права скандинавських держав є урізноманітненою, до неї входять нормативно-правові акти, міжнародно-правові договори, правові звичаї, принципи права, судовий прецедент та правова доктрина (за визначальної ролі законів). Вагому роль відіграють уніфіковані закони, особливо у сфері приватного права (зобов'язального, деліктного, морського, права інтелектуальної власності тощо).

Видання законів, зокрема внесення змін до конституцій, є виключною компетенцією парламентів. Сфера ж законодавчої компетенції парламентів у скандинавських правових системах чітко не визначена. Законодавча процедура визначається в конституціях та регламентах парламентів або в спеціальних законах і схожа з ідентичними процесами в інших європейських державах з парламентською формою правління.

Правотворчість органів виконавчої влади залежить від спеціального уповноваження в законах. Так, у Швеції та Фінляндії уряд може видавати нормативно-правові акти, що передбачено і в конституціях, і в інших законодавчих актах. В Ісландії та Норвегії глава держави й уряд мають право видавати тимчасові закони, або нормативні акти, що прирівнюються за юридичною силою до законів.

Істотний вплив на розвиток скандинавського права мало їхнє законодавче співробітництво, особливо в межах Північної Ради в контексті правової уніфікації. Відомо, що для скандинавських правових систем уніфікація права є усталеною традицією. Ще 1880 р. на території Швеції, Данії, Норвегії одночасно набув чинності єдиний Кодекс про вексель. Згодом було уніфіковано торговельне, морське, договірне, зобов'язальне, спадкове право. На думку професора А. Саїдова, для такої правової уніфікації, як у скандинавських країнах, були особливо сприятливі умови. Загалом групі скандинавських правових систем властиві такі ознаки: розформалізованість правової системи завдяки урізноманітненню зовнішніх форм (джерел) права; переважаюча роль законів у системі джерел права; наявність ознак континентального та загального права; високий рівень правової уніфікації та гармонізації.

Правові системи скандинавського права дедалі більше впливають на розвиток правових систем країн Балтії – Естонії, Латвії та Литви. І хоча ці системи традиційно є континентальними, все ж їх зближення з правовими системами скандинавського права посилюється.

Ще однією групою змішаного (дуалістичного) типу правових систем є латиноамериканські правові системи: Бразилії, Мексики, Аргентини, Перу, Колумбії, Венесуели, Чилі, Болівії, Парагваю, Уругваю, Панами, Нікарагуа, Еквадору, Сальвадору, Коста-Ріки, Гондурасу, Гватемали, Домініканської Республіки.

Становлення і розвиток цієї групи правових систем відбувалися в умовах подібного історичного розвитку латиноамериканських держав. Тож їм властиві схожі соціальні інститути, правові звичаї, світогляд; рецепція континентального права.

Латиноамериканське право розвивалося здебільшого під впливом романо-германської правової системи. Від неї воно рецептувало поділ системи права на публічне і приватне право, з характерними конструкціями континентального приватного права. А від загального права рецептовано модель американської конституції; низку конституційних інститутів (зокрема форму правління); принципи судочинства та загального публічного права.

До загальних ознак правових систем латиноамериканського права можна віднести: переважаючу роль у системі джерел права нормативно-правового акта; використання дотепер правового звичаю як джерела права; кодифікованість значної частини нормативно-правових актів; наявність конституцій американської моделі; поділ системи права на публічне та приватне право; вплив принципів континентального права у приватно-правовому регулюванні та принципів американського права у публічно-правововій сфері (насамперед конституційному праві та судочинстві).

Нинішній етап розвитку характеризується інтенсивним розвитком законодавства; посиленням міжнародної співпраці латиноамериканських правових систем у межах Латиноамериканської співдружності націй та інших міжнародних регіональних об'єднань.

Посилюється і правова уніфікація. Одним з основних ініціаторів уніфікації латиноамериканського права є Організація американських держав. Міжамериканський юридичний комітет, що діє в її межах, підготував чимало проектів конвенцій, угод щодо міжнародного приватного права, доступу до правосуддя, права на інформацію, запобігання дискримінації тощо.

Такими є особливості змішаного типу правової системи, які визначають його місце та роль у світовій правовій цілісності в контексті інтеграційних процесів.

ГАЛУЗЕВІ ПРИНЦИПИ ПРАВА: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Ю. Ничка

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток та вдосконалення сучасної системи нормативно-правової регламентації в Україні відбувається під впливом загальноцивілізаційних правових

© Ничка Ю., 2014

цінностей. Саме тому важлива роль у цій системі відводиться принципам права, які є основними правовими засадами.

В юридичній літературі як вітчизняній, так і зарубіжній висвітлюються питання юридичної природи, особливостей окремих різновидів принципів права, зокрема у працях С.С. Алексєєва, А.М. Васильєва, Л.Я. Гінзбурга, М.І. Дембо, О.Я. Лаврів, Р.З. Лівшиця, Л.А. Луць, О.А. Лукашової, А.В. Міцкевича, С.П. Погребняка, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, К.П. Уржинського, Т.І. Фулей, Л.С. Явича та інших.

Проте і дотепер малодослідженими з позицій загальної теорії права залишаються галузеві принципи. Це, зокрема, зумовлено відсутністю однакового розуміння правової природи галузевих принципів права вченими, представниками галузевої науки, та недостатньою науковою увагою з боку представників загальної теорії права.

Вивчення галузевих принципів права з позицій загальної теорії права могло б створити сприятливі умови як для подальшого наукового пошуку в рамках галузевих наук, так і для їх правильного розуміння і застосування у практичній юридичній діяльності.

В загальній теорії права принципи традиційно розглядаються як основні нормативні засади позитивного права, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання. Такий підхід на сьогоднішній день поділяють чимало вчених-правознавців.

Від принципів права необхідно відрізняти принципи, що не закріплені у нормативно-правових приписах. Вони належать до сфери правосвідомості і являють собою правові ідеї. У науковій літературі їх ще називають правовими принципами.

Як відомо, основними ознаками принципів права є об'єктивна зумовленість, засадничий характер, внутрішня високий ступінь абстрагованості, стабільність, впорядкованість, нормативність, загальнообов'язковість, первинність щодо норм права.

За сферою дії принципи права поділяються, як правило, на загальні принципи права (спільні засади правового регулювання для правових систем), міжгалузеві (спільні засади правового регулювання для кількох галузей права), галузеві (засади правового регулювання галузей права), інститутів права.

Галузевим принципам права притаманні як загальні ознаки принципів права, так і специфічні ознаки, характерні лише для них. Особливості галузевих принципів права обумовлюються насамперед властивостями галузі права як правового явища.

В загальній теорії галузь права визначають як підсистему норм права, що регулює відносно самостійну сферу однорідних суспільних відносин специфічним методом. Вона, як складова частина системи права, обумовлюється реально існуючими суспільними відносинами і за допомогою правових засобів регулює суспільні відносини, враховуючи потреби суспільства, соціальних груп та окремих індивідів. Серед таких правових засобів провідне місце займають галузеві принципи права, оскільки саме вони лежать в основі побудови будь-якої галузі права.

На змістовні особливості галузевих принципів права впливають специфіка предмета правового регулювання, обумовлена об'єктивними закономірностями розвитку суспільних відносин, досягнутий рівень правового розвитку у відповідному суспільстві. Це проявляються, насамперед, на етапі формулювання та закріплення галузевих принципів права в процесі правотворчої діяльності.

Таким чином, галузеві принципи права відображають у концентрованому виразі якісні характеристиками відповідної галузі права, орієнтири її розвитку та розвитку галузевого законодавства. Окрім того, галузеві принципи права конкретизують та адаптують загальноцивілізаційні та загальноправові принципи права на галузевому рівні, пристосовуючи їх до потреб та особливостей правового регулювання відповідної галузі права.

Засадничий характер, первинність щодо норм права та вищий ступінь абстрагованості галузевих принципів права, порівняно із галузевими нормами права, дозволяє їм не лише визначати спрямованість правового регулювання в межах галузі, а й самостійно регулювати суспільні відносини в разі такої потреби. Відповідний статус галузевих принципів права дозволяє їм, виконувати програмну, координаційну та узгоджувальну функції. Таким чином, вони слугують основою уніфікації для забезпечення однотипності та цілісності правового регулювання у галузі права.

Аналіз сучасної вітчизняної системи права свідчить про тенденцію до збільшення кількості принципів у межах галузі права, але розширення каталогу галузевих принципів не завжди є виправданим, оскільки може призводити до їх знецінення.

Наприклад, відповідно до статті 7 Кримінального процесуального кодексу України до загальних засад кримінального провадження відносяться: верховенство права; законність; рівність перед законом і судом; повага до людської гідності; забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; недоторканність житла чи іншого володіння особи; таємниця спілкування; невтручання у приватне життя; недоторканність права власності; презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини; свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення; забезпечення права на захист; доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень; змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; безпосередність дослідження показань, речей і документів; забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; публічність; диспозитивність; гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; розумність строків; мова, якою здійснюється кримінальне провадження.

Відповідно до статті 7 Кодексу адміністративного судочинства України принципами здійснення правосуддя в адміністративних судах є: верховенство права; законність; рівність усіх учасників адміністративного процесу перед законом і судом; змагальність сторін, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі; гласність і відкритість адміністративного процесу; забезпе-

чення апеляційного та касаційного оскарження рішень адміністративного суду, крім випадків, установлених Кодексом адміністративного судочинства України.

Із даних переліків видно, що серед них є чимало принципів, які дублюють загальноцивілізаційні та загальноправові принципи, що вже закріплені у Конституції України, міжнародних договорах та інших джерелах права, що загалом знижує рівень правової визначеності та правового регулювання. Видається, що недоцільно закріплювати згадані принципи, зокрема, в галузевих кодифікованих актах, оскільки це призводить до їх дублювання.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що питання галузевих принципів права мають суттєве значення не лише для юридичної науки, а й для юридичної практики. Важливими при цьому видають питання не лише природи та змісту таких принципів, але і критеріїв їх виокремлення та формалізації у чинному законодавстві.

ЗАГАЛЬНОДОЗВОЛЕННИЙ ТИП ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ХАРАКТЕРИСТИКИ

Н. Раданович

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблематика правового регулювання, зокрема його сфери та меж, обумовлюється насьогодні низкою факторів. До них можемо віднести наступні:

– взаємодію норм міжнародного та національного права (що окреслює спільну сферу для міжнародного і внутрішнього правового регулювання);

– ускладнення суспільних відносин (що повсякчас розширює потенційну сферу правового регулювання);

– низьку ефективність правового регулювання, що відповідно звужує «реальну» сферу правового регулювання, тобто правореалізаційну.

Проте не менш вагомий детермінуючий вплив на з'ясування сфери та меж правового регулювання справляє відповідний тип правового регулювання, і насамперед мова йде про загальнодозвільний тип.

В науковій літературі його визначають формулою «дозволено усе, що не заборонено законом». Цілком очевидним є те, що обсяг дозволеності визначається в першу чергу обсягом забороненості, а вже потім постає питання, яким за змістом і об'ємом є те «все» решта, що допускає чи схвалює держава. Зупинимося на цьому аспекті детальніше.

Вочевидь формулювання «дозволено усе» насамперед асоціюється із категорією «свобода». Свобода (в самому загальному значенні) розуміється як:

– відсутність обмежень, а у співвідношенні з ідеєю волі – можливість вчиняти на власний розсуд;

© Раданович Н., 2014

– одна із основоположних для європейської культури ідей, що відображає таке ставлення суб'єкта до своїх вчинків, при якому він вважається їх визначальною причиною, джерелом, чинником;

– стан людини, її здатність діяти у відповідності зі своїми інтересами і цілями.

При цьому варто зауважити, що навіть детермінізм допускає визнання того, що і знання об'єктивних умов, і розуміння правильного і належного – своєрідна форма обумовлення рішень і дій людини, а ситуація вибору (в якій формально виявляється свобода вибору) обмежена певним набором можливостей. Те, що з'являється в якості самостійного волевиявлення, є насправді результатом попереднього (і не завжди усвідомленого) досвіду індивіда. Крім того, людина схильна до самодетермінації у певній системі *цінностей*.

Досліджуючи правову природу свободи, М.М. Марченко вбачає її лише в контексті держави і права, поза цими інститутами говорити про юридичний аспект свободи, справедливості і рівності позбавлено всякого змісту. Тільки така постановка питання дозволяє при філософському осмисленні держави і права залишатися на ґрунті фактів (емпіричних та ідеальних) і не вдаватися до захмарних беззмістовних абстракцій. Логічно виникає запитання, а чи не найбільше відтворює ідеї тієї ж свободи саме режим «загальнодозволенності»?

Таким чином, аналізуючи свободу у заданому контексті, ми активізуємо категорії інтересу, цінностей, комплексу можливостей, системи обмежень і примусу. Зміст усіх цих категорій має правове закріплення, правове наповнення, але не тільки. Зупинимося на окремих з них детальніше.

Як відомо, правове життя нерозривно пов'язано із мотивацією. Сама ж мотивація правомірної (і законної) поведінки, відзначають вчені, поступово зміщувалася від табу і обов'язку до міркувань доцільності, потім до користі і, накінець, до потреби. В потребі було побачено представниками окремих правових шкіл злитість, поєднаність природного і правового.

Інтерес (в буденному вжитку) – це значимість чогось, особлива увага до чогось, і, відповідно, таке розуміння інтересу асоціюється із метою. Але тоді, на думку окремих вчених, виникає проблема селекції цілей, а отже, з'являється проблема виокремлення сфери допустимих, позитивних для суспільства інтересів. Тобто сам собою інтерес у вказаному значенні не може бути включеним в інтерпретацію права.

Отже, «дозволено все» – це означає допустимо, прийнятно – нешкідливо для суспільства. Але чи завжди це співвідноситься з інтересом окремої особи. Таким чином, реалізація «загальнодозволенності», а отже і обумовленість дії права визначається у даному випадку балансом насамперед інтересів особи і суспільства.

Але усе це за умови, що суспільний інтерес поєднаний із державним. Проте, як свідчить практика, така «одностайність» не завжди має місце. Інтерес держави як реалізація волі домінуючої, найбільш впливової частини населення, не завжди співпадає з особистими чи загальносуспільними інтересами. Тому друга частина формули: «не заборонено законом», наштовхує на питання, чому закон залишив це поза увагою, більше того – не заборонив:

– в силу об'єктивних причин, не встигаючи правотворчими механізмами за розвитком суспільства, в заповненні прогалин у забороняю чому регулюванні;

– в силу суб'єктивних причин, які теж, в свою чергу, можна кваліфікувати як позитивні (стимулювання ініціативності та творчості особи у правовій сфері) і негативні (як-от, намірене відтягування законодавцем забороняю чого регулювання певних «вигідних» ситуацій), що є за своєю природою зловживанням правом.

Отже, з цих міркувань реалізація «загальнодозвільності» може мати два аспекти: – позитивний і в певному сенсі негативний. Тому окремого дослідження потребує, як видається, категорія інтересу в аспекті дії загальнодозвільного типу ПР, а саме питання:

– первинності у зв'язці інтерес – право;

– співіснування інтересів держави, особи, суспільства;

– існування особи в системі державних та міждержавних (глобалізаційних, інтеграційних) інтересів, сфера «правового руху, обігу» особи;

– значення обмежень для правового розвитку взагалі і розвитку особи зокрема.

Повертаючись до дослідження категорії цінностей у заданому контексті, варто зазначити, що у їх продукуванні беруть участь усі здібності та уподобання людини, що цінність постає явищем внутрішнього вибору. Тому сфера проявів цінності – це сфера людської свободи: ніхто не може змусити людину цінувати або не цінувати те, що за її внутрішнім вибором таким не постає. В науковій літературі, присвяченій аксіологічній проблематиці, виокремлюють декілька значень поняття «цінність», які перетинаються між собою:1) здатність речей, явищ оточуючого світу впливати на суб'єкта таким чином, що вони сприймаються як блага, спонукають прагнути до них і володіти ними; 2) загальні принципи доцільної діяльності, відштовхуючись від якої людина приписує тим чи іншим об'єктам практичну значимість, що спонукає її діяти і вести себе відповідним чином.

Наведені позиції окреслюють можливі напрями дослідження обумовленості дії загальнодозвільного типу ПР цінностями, у тому числі правовими. До таких, що становлять онтологічну сутність права, прийнято відносити свободу, рівність і справедливість.

Заданий предмет дослідження, як видається, спонукає аналізувати першочергово справедливість як гарантію нормальної реалізації режиму «загальнодозволенності», оскільки сутність права полягає у тому, що воно є способом (інструментом) встановлення справедливого співвідношення (балансу) інтересів всіх і кожного: індивідів, соціальних прошарків, соціальних спільностей і утворень.

Окрім справедливості, можна обговорювати інші цінності або системи цінностей, що обумовлюють або повинні обумовлювати поведінку особи, коли йдеться про правову активність особи чи її стимулювання загальнодозвільним типом ПР. При цьому варто пам'ятати, що дію загальнодозвільного типу ПР у його негативному прояві (дозволено, бо не встигли встановлити заборони) обслуговуватиме дещо інша етично-ціннісна духовна система.

Дослідження дії загальнодозвільного типу ПР актуалізує також аналіз сюжетів, пов'язаних із:

– правопорядком і правомірною поведінкою, оскільки в контексті досліджуваного типу держава виводить особу за межі позитивного (юридичного) правопорядку;

– зловживанням правом,

– призначенням та можливостями позитивного права – дозволяючи проектувати його додаткові характеристики.

ДО ПИТАННЯ ПРО ДОКАЗОВІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ У СУДОВОМУ ПРАВОЗАСТОСУВАННІ УКРАЇНИ

Б. Ратушна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Обраний Україною шлях до побудови правової держави вимагає поряд з іншим вдосконалення такої важливої сфери правозастосування як судочинство. Результат такого вдосконалення в значній мірі залежить від повноважень суду у процесі встановлення фактичних обставин справи, адже збалансована і виважена участь суду у доказуванні закладає фундамент для ухвалення справедливого судового рішення.

Питання про суд як суб'єкт доказування було і залишається дискусійним. До означеної проблеми в різний час звертались такі вчені як В. Комаров, Т. Сахнова, Д. Луспеник, А. Бєлкін, В. Нор та інші.

Дискусія з цього приводу триває багато років і каменем спотикання виступає питання про зміст доказових повноважень суду та межі його доказової активності.

Незважаючи на нормативне закріплення принципу змагальності в радянському процесуальному законодавстві, це не призвело до побудови змагального процесу, оскільки дія цього принципу була повністю нейтралізована принципами активної ролі суду у з'ясуванні обставин справи і беззаперечної вимоги досягнення у судовому процесі об'єктивної істини. Суд на підставі низки доказових повноважень зобов'язувався доповнювати доказову базу у справі в разі її недостатності. В результаті сторони могли бути бездіяльними в поданні й дослідженні доказів, все за них повинен був зробити суд.

Сучасне бачення повноважень суду у доказуванні суттєво відрізняється від попереднього. Домінує позиція, відповідно до якої суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, сприяє всебічному й повному з'ясуванню обставин справи, зокрема роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їх права й обов'язки, попереджує про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприяє здійсненню їх прав. Тобто, активна роль суду у активному (самостійному) встановленні ним фак-

© Ратушна Б., 2014

тичних обставин справи змінюється на *сприяння* у встановленні таких обставин (ст. 10 ЦПК, ч. 6 ст. 22 КПК, ст. 4–3 ГПК). Вважають, що суд ухвалює рішення тільки на основі того матеріалу, який надали сторони, навіть якщо, на його думку, цей матеріал не відображає всіх обставин справи. Суд не збирає докази (ст. 93 КПК), адже у кожного із учасників судочинства не повинні бути присутні елементи непритаманної йому функції. Проте деякі дослідники вбачають у такому трактуванні принципу змагальності негативний, на їх думку, вплив англо-американських традицій, повну залежність суду від позиції сторін. На їх погляд саме активність дозволяє суду, не обмежуючись суб'єктивними вимогами сторін, роз'яснити повністю справу й ухвалити вирок, що відповідає загальним інтересам суспільства. Окремі автори також не вважають порушенням принципу змагальності ситуацію, коли суд у виняткових випадках проявить власну ініціативу в доказуванні (зокрема, з власної ініціативи витребуватиме певні докази) коли, зокрема обставини справи доводяться сторонами, але спірність ситуації не зникає. Верховний суд України поділяє схожі погляди, оскільки в одній зі своїх постанов зазначив про те, що «господарський суд, дійшовши висновку про недостатність доказів, вправі витребувати оригінал або належним чином засвідчену копію, чи належним чином засвідчену його частину, яка має значення для вирішення спору». Проте видається, що такий підхід є хибним, оскільки збирання судом доказів на користь сторін за власною ініціативою функціонально начебто ставить його на місце цих сторін, а злиття в руках суду всіх функцій незаперечно надало б діяльності суду односторонній характер. Вважаємо, що суд наділений правом збирання доказів, але він має це робити тільки за клопотанням сторін, які з поважних причин не можуть зробити цього самостійно.

Намагання усунути суд від невластивої йому функції збирання доказів зовсім не означає, що суд буде пасивний у доказуванні взагалі, адже збір доказів не охоплює собою всієї діяльності з доказування. Суд наділений низкою повноважень у доказовій діяльності, які в літературі класифікують на вказівні, інструктивні та забезпечувальні. Згідно зі вказівними повноваженнями суд визначає предмет доказування (ст. 130 ЦПК), розподіляє обов'язки по доказуванню між сторонами (тягар доказування) (ст. 92 КПК, ст. 60 ЦПК, ст. 33 ГПК), встановлює належність і допустимість доказів (ст. 58, 59 ЦПК, ст. 89 КПК, ст. 34 ГПК). У відповідності зі своїми інструктивними повноваженнями суд роз'яснює учасникам процесу їх права й обов'язки, наслідки здійснення чи нездійснення певних дій (ст. 67 ЦПК, ст. 74 ГПК, ст. 321 КПК). Забезпечувальні повноваження спонукують суд за клопотанням сторін сприяти їм у витребуванні чи забезпеченні доказів (ст. 33 ЦПК), вирішувати питання про проведення експертизи за ініціативою сторін чи за власною ініціативою (ст. 41 ГПК, ст. 332 КПК). Крім цього, суд здійснює вирішальну роль у дослідженні доказів, може ставити учасникам процесу ті запитання, які вважає потрібними. Він нарівні зі сторонами здійснює допит свідків (ст. 352 КПК), має право знімати запитання, якщо воно, на його думку, є навідним (ст. 180 ЦПК). І нарешті, суд зобов'язаний оцінити докази (ст. 212 ЦПК, ст. 94 КПК), неналежне виконання цього обов'язку судом може призвести до скасування рішення, що неодноразово було підтверджено судовою практикою.

Вищесказане свідчить про те, що суд і надалі вирішує важливі питання, що виникають у судовому доказуванні, а його роль у проведенні справді змагального процесу навпаки зростає і певною мірою навіть ускладнюється, оскільки розвиток змагального начала жодним чином не повинен знімати безумовну відповідальність судді за справедливе вирішення справи. Безперечно, що суд повинен врівноважувати процесуальний «двобій» сторін. Проте, роль суду в судочинстві не має визначатися лише принципом змагальності та участю у доказуванні, адже судочинство цим не обмежується. Суд і надалі, безперечно, керує процесом, однак коли йдеться про доказування, то становище суду змінилось. Зокрема, у доказуванні він виконує подвійну функцію, а саме: сприяє сторонам у доказуванні та здійснює самостійну доказову діяльність. Сприяння сторонам у доказуванні полягає у збиранні та забезпеченні доказів судом у випадках та формах, передбачених законом. Самостійна ж доказова діяльність суду полягає у здійсненні обов'язкових доказових повноважень, до яких належать а) дослідження доказів; б) оцінка доказів. Обов'язкові доказові повноваження займають особливе місце серед повноважень суду, оскільки він здійснює їх незалежно від позиції сторін з метою виконання покладеного на нього обов'язку здійснити правосуддя та ухвалити справедливе рішення у справі.

ДЖЕРЕЛА ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Н. Стецик

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасна система джерел права України, що розвивається під впливом європейських правових стандартів, потребує особливих зусиль в частині уніфікації із правом ЄС. На жаль, на сьогодні в Україні ці процеси передбачені лише Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», який на даний час вже не відповідає змінам, що відбулися в ЄС у зв'язку із прийняттям Лісабонського Договору.

Питанням функціонування та розвитку джерел права ЄС достатня увага приділяється, насамперед, у міжнародно-правовій літературі. Ті чи інші аспекти висвітлювалися у працях В. Буткевича, М. Ентіна, А. Капустіна, І. Лукашука, М. Микієвича, В. Муравйова, В. Опришка, Ю. Тіхомірова, Г. Топорніна та ін.

Проте малодослідженими і дотепер залишаються ці питання з позицій загальної теорії права.

До джерел міжнародного права насамперед відносяться міжнародні договори, правовий звичай загальновизнані принципи міжнародного права, рішення міжнародних судів та правова доктрина. Саме ці джерела права передба-

© Стецик Н., 2014

чені у статті 38 Статуту міжнародного суду ООН. У міжнародно-правовій літературі ведеться також дискусія стосовно визнання джерелами права актів інституцій міжнародних організацій, зокрема міждержавних.

Незважаючи на багатоманітність джерел міжнародного права, найбільш затребуваним залишається міжнародний договір. В сучасних умовах зростає значимість багатосторонніх міжнародних договорів. Створення міжнародних договорів відбувається шляхом особливої процедури, що полягає в узгодженні інтересів суб'єктів правотворчості (держав-учасниць). Найбільш дієвими на сьогоднішньому етапі є джерела регіонального міжнародного права, зокрема джерела права ЄС.

В ЄС склалась своєрідна система джерел права. До основних джерел права ЄС належать, насамперед, Лісабонський договір (установчий договір). Згідно статті 288 Лісабонського договору інституції ЄС приймають регламенти, директиви, рішення, рекомендації та висновки. Згідно статті 216 Лісабонського договору ЄС може укладати міжнародні договори з третіми державами та міжнародними організаціями. Крім того, до джерел права ЄС також належать рішення Суду ЄС, що є нормативно-правовим прецедентами.

Перелік джерел права, передбачений Лісабонським договором, відрізняється від переліку джерел права, що містився у Договорі про встановлення Конституції для Європи, відповідно до якого правовим актами ЄС вважалися: 1) європейський закон; 2) рамковий закон; 3) європейське рішення; 4) європейські розпорядження; 5) рекомендації; 6) висновки.

Перелік джерел, передбачених Лісабонським договором, став своєрідною поступкою державам-учасниця, які не мали наміру підписувати Договір про встановлення Конституції для Європи.

Джерела права ЄС утворюють складну ієрархічну структуру. За юридичною силою джерела права ЄС розташовуються в наступному порядку: 1) Лісабонський договір, договори, якими вносяться зміни до нього, договори про приєднання нових держав-учасниць; 2) регламенти, директиви, рішення, договори ЄС з третіми державами та міжнародними організаціями; 3) рекомендації, висновки (які не мають обов'язкового характеру).

Основним джерелом права ЄС є сам Лісабонський договір, який характеризується наступними ознаками: він є установчим міжнародним нормативно-правовим договором; встановлюється державами-учасницями; забезпечується державами-учасницями та ЄС; містить норми та принципи міжнародного права; має письмову та юридичну форму виразу; має межі дії (часові (пряма дія), просторові (територія держав-учасниць), за колом осіб (держави-учасниці, інституції та посадові особи ЄС, вторинні суб'єкти – фізичні та юридичні особи), предметні (юрисдикція ЄС)); має вищу юридичну силу; визначає правові основи діяльності ЄС.

Лісабонський договір характеризується вищою юридичною силою щодо регламентів, директив, рішень. Регламенти, директиви, рішення характеризуються вищою юридичною силою щодо додаткових угод, договорів держав-учасниць. Акти, що приймаються на підставі Лісабонського договору мають вищу юридичну силу щодо актів делегованої нормотворчості. Лісабонський до-

говір, рішення Суду ЄС – характеризуються вищою юридичною силою щодо регламентів, директив, рішень.

У Лісабонському договорі вперше було передбачено можливість прийняття спільних рішень Європейським парламентом та Радою (спільний суб'єкт правотворчості). Вказані акти є обов'язковими для держав-учасниць.

До важливих джерел права ЄС належать також регламенти, директиви, рішення.

Для регламентів характерні наступні ознаки: вони є правовими актоми; приймаються на підставі установчого договору; мають нормативний характер; містять норми права; мають межі дії (часові (пряма дія), просторові (територія держав-учасниць), за колом осіб (держави-учасниці, інституції та посадові особи ЄС); мають обов'язковий характер; мають письмову та юридичну форму виразу; мають юридичну силу; приписи регламенту характеризуються прямою дією на території держав-учасниць; не потребують ратифікації державами-учасницями.

Для директив характерні наступні ознаки: вони є правовими актами; є обов'язковими для держав-учасниць, які можуть вибирати форму та межі дії акта; вводяться в національну правову систему національними парламентами набирають чинності через 20 днів після офіційного опублікування в журналі ЄС.

Для рішень характерні наступні ознаки: вони є правовими актами; не мають прямої дії; немають обов'язкового характеру, характеризуються обмеженою сферою застосування.

Рекомендації, висновки (не мають обов'язкового характеру).

У самому Лісабонському договорі міститься класифікація правових актів на підставі таких критеріїв, як суб'єкт, що видає акт, юридична сила цих актів та процедура їх прийняття. За цими критеріями правові акти поділяються на законодавчі та незаконодавчі акти.

Законодавчим актом виступає такий правовий акт, який має юридично обов'язкову силу, приймається відповідно до законодавчої або спеціальної законодавчої процедури за участю Ради Євросоюзу та Європарламенту (ст. 289 Договору про функціонування Європейського Союзу). Таким чином, документи, видані Європейською радою, Комісією або Європейським центральним банком, законодавчими актами не визнаються.

До незаконодавчих актів належать як юридично обов'язкові акти, видані інститутами відповідно до інших процедур їх прийняття, так і рекомендації та висновки, які не мають обов'язкової сили незалежно від інституту, що їх прийняв.

Серед незаконодавчих актів виділяють дві підкатегорії актів: делеговані та виконавчі акти. Делеговані акти приймаються Комісією на підставі й у межах повноважень, делегованих їй у законодавчому акті (ст. 290 Договору про функціонування Європейського Союзу). Виконавчі акти приймаються Комісією або Радою з метою забезпечення єдиних умов реалізації, які були передбачені в «базових» регламентах або директивах (ст. 291 Договору про функціонування Європейського Союзу).

Важливу роль в системі джерел права ЄС відіграють рішення Суду ЄС, оскільки Суд ЄС наділений не лише правозастосовними та правотлумачними

повноваженнями, але й має право приймати рішення прецедентного характеру. Так, зокрема, принципи права ЄС були сформовані в рішеннях цього суду і лише у Лісабонському договорі вони були формалізовані, серед них принцип субсидіарності, принцип пропорційності, принцип верховенства права ЄС, принципи прямої дії права ЄС. Окрім цього, лише суд ЄС має право визначати відповідність національного законодавства праву ЄС.

Оскільки ефективність сучасної системи джерел права ЄС заснована на нормативно-правовій уніфікації, з'ясування її природи та особливостей самих джерел є важливим для забезпечення взаємодії джерел права ЄС та джерел права держав-учасниць. Ці та інші питання щодо джерел права ЄС потребують подальшого загальнотеоретичного аналізу і є важливим як для юридичної науки, так і для вітчизняного правотворення.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА СУЧАСНОЇ СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ

Н. Хомюк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасна система джерел права України, що формується під впливом європейських міжнародних правових стандартів, ускладнюється та урізноманітнюється. Якщо ще донедавна основна увага правознавців була зосереджена лише на нормативно-правових актах, то сьогодні все більше уваги у вітчизняній юридичній науці приділяється і питанням інших джерел права: нормативно-правовим договорам, правовим звичаям, принципам права. Обговорюється і можливість застосування судового нормативно-правового прецеденту як джерела права.

У вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі питанням зовнішніх форм (джерел) права приділяється належна увага, проте проблеми функціонування та розвитку системи джерел права і дотепер залишаються малодослідженими. Ті чи інші їх аспекти висловлювалися у працях: Балданова Б., Данцєвої Т., Луць Л., Пархоменко Н., Тополевського Р. та інших. Разом з тим малодослідженими залишаються і питання юридичної природи сучасної системи джерел права України.

Поняття системи джерел права трактується по-різному.

Так, Пархоменко Н.М. систему джерел права характеризує як органічну, комплексну, багаторівневу, динамічну й відкриту систему, складові елементи якої об'єднані структурними зв'язками, кожний елемент якої є самостійним і може бути досліджений окремо.

В той же час, інші автори визначають систему джерел права як сукупність всіх форм юридичного закріплення і організаційного забезпечення інфор-

© Хомюк Н., 2014

мації про загальнообов'язкові правила поведінки (юридичні норми) у сукупності їх взаємозв'язків (генетичних, структурних і функціональних), через які об'єктивуються нормативні приписи галузі права, нормативні складові національної або регіональної (наднаціональної) правової системи чи міжнародного правопорядку (Тополевський Р.Б.).

Для виявлення юридичної природи системи джерел права найбільш доцільним видається поняття системи джерел права як комплексу взаємопов'язаних та взаємоузгоджених нормативно-правових приписів, які об'єктивовані у відповідних зовнішніх формах і утворюють нормативно-правову організацію, необхідну для забезпечення правового регулювання у будь-якому суспільстві (Луць Л.А.).

У вітчизняній літературі існують різні підходи щодо юридичної природи системи джерел права України.

На думку деяких авторів система джерел права володіє такими властивостями: організованістю, цілісністю, складністю, інерційністю, що забезпечують функціональну завершеність і визначають роль і місце у правовій системі (Балданова Б.Б. та Данцєва Т.Н.). Інші виділяють наступні ознаки системи джерел права: а) вона складається з багатьох різнорідних частин – підсистем джерел права; б) її здатність до змін унаслідок впливу, як з боку інших підсистем правової системи, так і з боку нормоутворених джерел права; в) у процесі функціонування, завдяки системним зв'язкам, виявляються нові принципи правоположення, приписи існування яких не передбачалося у процесі її формування, які прямо не закріплені в юридичних джерелах права; г) включає в себе національну; ієрархічну та горизонтальну (галузеву) структуру; д) характеризується внутрішньою узгодженістю тощо (Пархоменко Н.М.).

Разом з тим у літературі існує позиція щодо наявності у системі джерел права і таких характерних ознак: 1) система джерел права – це зовнішня форма системи права; 2) первинним елементом її є нормативно-правовий припис; 3) нормативно-правові приписи взаємопов'язані та взаємоузгоджені; 4) вона є полісструктурним утворенням; 5) структурними частинами системи джерел права є: нормативно-правові інститути, нормативно-правові галузі та інші системні утворення; 6) вона є нормативно-правовою організацією, необхідною для забезпечення правового регулювання в будь-якому суспільстві; 7) нормативно-правові приписи об'єктивуються у відповідних зовнішніх формах права; 8) має динамічний, значною мірою суб'єктивний характер (Луць Л.А.). Саме ця позиція і була покладена в основу характеристики сучасної системи джерел права України.

Безсумнівно характерною є та ознака, що первинним елементом сучасної системи джерел права України може бути лише нормативно-правовий припис, сукупність яких і складає внутрішню будову такої системи. У цьому контексті не можна погодитися з авторами, які первинним елементом вважають норму права, оскільки вона є мінімальною пізнавальною конструкцією у складі системи права.

Щодо такої ознаки як взаємопов'язаність та взаємоузгодженість приписів необхідно зазначити, що ця властивість є дещо деформованою у сучасній системи джерел права України. Про це свідчать численні дефекти, зокрема колізії між приписами чинних джерел права України. Так, наприклад, у статті 63

Господарського Кодексу України вводиться поняття змішаної форми власності (на базі об'єднання майна різних форм власності). Разом з тим Конституція України, Цивільний Кодекс України щодо власності визначають лише приватну, державну та комунальну власність і не виділяють змішану форму власності.

Характерною ознакою для сучасної системи джерел права України є її поліструктурний характер, що пов'язано з великою кількістю нормативно-правових приписів. До основних частин системи джерел права відносяться: нормативно-правові інститути, нормативно-правові галузі, комплексні галузі, підгалузі та інші структурні утворення. Такий характер вимагає чіткого розташування структурних частин у межах системи, наявність стійких несуперечливих зв'язків між ними.

Основними галузями в системі є традиційні: кримінальна, цивільна, конституційна. Адміністративна та інші. Поряд із цим з'являються й нові системні утворення, наприклад, підприємницьке право, медичне право, інформаційне право тощо. У юридичній літературі ведеться мова й про те, що формується нова підгалузь – виборче право.

Характерною ознакою для сучасної системи джерел права є те, що її приписи об'єктивуються у різноманітних зовнішніх формах права. На сьогоднішньому етапі в Україні це: нормативно-правові акти (закони та підзаконні нормативно-правові акти), нормативно-правові договори (міжнародні договори, колективні договори, угоди), правові звичаї.

При цьому важливим є і забезпечення взаємодії цих джерел права в межах відповідної системи. З метою реалізації такої єдності значимим є їх правильне розташування у межах системи, забезпечення функціонування як вертикальних, так і горизонтальних зв'язків між ними та у межах підсистем. До яких належить: система нормативно-правових актів та система нормативно-правових договорів. У межах системи нормативно-правових актів формується система законодавства (тобто сукупність законодавчих приписів) та система підзаконних нормативно-правових актів. Для забезпечення зв'язків між цими підсистемами використовується така властивість нормативно-правового акту як юридична сила. Це забезпечує ієрархію між законами, які мають вищу юридичну силу та підзаконними актами. У межах системи законодавства діє принцип ієрархічності і найвище місце в цій системі займає Конституція України. До цієї системи також входять конституційні та звичайні закони. Дискусійним є і питання про місця в системі законодавства і кодексів, які з точки зору їх юридичної природи є законами. Проте законодавець у текстах кодексів досить часто вказує на наявність у них вищої юридичної сили по відношенню до звичайних законів. Хоча вони не повинні були мати таку силу виходячи з їх юридичної природи.

Виникає питання і щодо ієрархічності сучасної системи підзаконних актів України щодо якої, на жаль, законодавець не зафіксував чітких положень.

Ще однією з підсистем є система нормативно-правових договорів в Україні, до них відносять міжнародні договори та колективні договори, угоди. Нині в Україні зростає кількість міжнародних договорів, частка яких у системі джерел

права є доволі значною. На жаль, законодавець не визначив чіткої позиції щодо їх взаємозв'язків з інших джерелами права. І хоча в статті 9 Конституції України вказано, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, але при цьому залишається відкритим питання про їх місце в системі законодавства. Щоправда у Законі України «Про міжнародні договори України» зазначається, що в разі виникнення колізії між міжнародним договором і актом законодавства України застосовуються правила міжнародного договору. Водночас, слід зазначити, що ці правила стосуються лише колізійних ситуацій, в інших випадках між міжнародним договором та законом не може виникати ієрархія, оскільки вони мають однакову юридичну силу.

Належним чином не визначені у законодавстві зв'язки між іншими джерелами права, зокрема нормативно-правовими договорами, правовими звичаями.

Водночас, у юридичній літературі обговорюється і питання про можливість застосування нормативно-правового судового прецеденту, але при цьому, на жаль, не визначається можливе місце та зв'язки цих джерел права у системі.

Все це дає підставу стверджувати, що сучасна система джерел права України вже є відповідним комплексом нормативно-правових приписів (нормативно-правовою організацією) необхідним для регулювання суспільних відносин у нашому суспільстві.

ОСНОВНІ ВИДИ ПРАВОТВОРЧИХ ПОМИЛОК У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

І. Шевчук

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтенсивний розвиток вітчизняної законотворчості забезпечив створення об'ємного нормативно-правового комплексу, який налічує понад чотири тисячі законів. Поряд з цим, така інтенсифікація спричинила і появу низки правотворчих помилок, які створюють суттєві перешкоди для ефективного правового регулювання.

У вітчизняній та зарубіжній літературі ті чи інші питання правотворчих помилок висвітлювалися у працях: Баранова В.М., Дзейко Ж.О., Карташова В.М., Косовича В.М., Лашкова О.С., Лісюткіна О.Б., Тіхомірова Ю.О. та ін. Проте, і до тепер питання природи, видових особливостей правотворчих помилок та способів їх подолання залишаються малодослідженими.

© Шевчук І., 2014

Аналіз правотворчих помилок дозволив виокремити їх основні ознаки, а саме: вона допускається суб'єктом правотворчості, є різновидом правової помилки; є правовим дефектом, спричинені недотриманням техніко-технологічних вимог у правотворчості; допускаються як у правотворчій діяльності, так і у джерелах права.

Отже, правотворча помилка – це спричинений недотриманням техніко-технологічних вимог правовий дефект, що допущений суб'єктом правотворчості, як у самій діяльності, так і у джерелах права.

У юридичній літературі виокремлюють різноманітні види правотворчих помилок: за галузями законодавства; за ступенем істинності; за характером наслідків; за зовнішньою формою права; за рівнем складності тощо.

Але, як відомо, класифікація здійснюється за суттєвими ознаками явища. Отже, юридична природа правотворчої помилки дозволяє їх класифікувати, насамперед, на помилки у правотворчій діяльності та помилки у її результатах (джерелах права). Помилки у правотворчій діяльності можна класифікувати за стадіями, а у її результатах – за техніко-технологічними вимогами, що ставляться до відповідних джерел права. За техніко-технологічними вимогами помилки можна класифікувати на змістовні та формальні.

Аналізуючи чинне законодавство України (систему законодавчих приписів), необхідно зазначити, що воно не позбавлене як змістовних, так і формальних правотворчих помилок, які можна виокремити на підставі змістовних та формальних вимог, які ставляться до змісту та форми закону.

Так, до основних вимог, що ставляться до змісту закону, можна віднести: 1) відповідність соціальних факторів та нормативно-правового змісту (встановлення соціальних факторів, що зумовлюють потребу у правовому регулюванні; виявлення соціальних інтересів, встановлення механізму їх узгодження; обґрунтування їх у межах предмету правового регулювання); 2) встановлення відповідності змісту нормативно-правових приписів логічній основі (відповідність логічним законам та прийомам і засадам; відповідність змісту нормативно-правового припису логічній структурі норми права; відповідність нормативній основі, тобто системі права); 3) відповідність сучасні діловій українській мові, техніці юридичного письма; 4) відповідність змісту нормативно-правових приписів чинній системі джерел права України; 5) наявність механізмів реалізації приписів та забезпеченість їх виконання.

До основних вимог, що ставляться до форми закону, можна віднести: 1) правильність вибору юридичної форми виразу; 2) правильність структурної організації (послідовна диференціація нормативного матеріалу на частини, глави, розділи, статті чи інші структурні одиниці; внутрішня узгодженість в їх межах та ін.); 3) відповідність чинній системі джерел права.

Отже, основними змістовними помилками є: невідповідність змісту законодавчих приписів об'єктивним суспільним відносинам (іншим соціальним факторам), якими вони обумовлені; невідповідність змісту законодавчих приписів логічним законам, засадам, прийомам, логічній структурі норми, системі права; українській мові, зокрема, мові професійного спрямування; чинній сис-

темі джерел права; відсутність механізму реалізації приписів та забезпеченості їх виконання.

Відповідно формальними помилками є: вибір неправильної юридичної форми; неправильність структурної організації; невідповідність чинній системі джерел права з формальних підстав (зокрема, порушення принципу законності). В свою чергу у кожному різновиді можна виокремити підвиди помилок.

Відсутність соціологічних досліджень, які б дозволили виявити об'єктивні фактори, що визначають зміст законодавчих приписів не дозволяють у повній мірі виявити предмет правового регулювання, виявити належні правові засоби регулювання, а це веде до неповноти правового регулювання (звуженої дії приписів, прогалин). Характерним для українського законодавства є відсутність механізмів реалізації приписів та забезпечення їх виконання. Властиве для національного законодавства і дублювання законодавчих приписів, що веде до їх знецінення та надмірного збільшення об'єму закону, а також невідповідність законодавчим принципам, помилки дефінування, позначення одного і того ж явища різними термінами. Серед формальних помилок, найчастіше зустрічається не правильний вибір юридичної форми та структурно-реквізитні помилки.

Така класифікація помилок, свідчить не лише про їх пізнавальну значимість, а й про практичну: вчасне їх виявлення, ідентифікацію з конкретним видом, підвидом тощо, а також встановлення та застосовування ефективних способів подолання законодавчих помилок.

Розуміючи під способом подолання законодавчих помилок – сукупність прийомів та засобів, що сприяють їх усуненню та переборенню, необхідно виокремити серед них основні.

Звичайно, це, насамперед, ті прийоми та засоби, які забезпечують дотримання змістовних та формальних вимог, що ставляться до законів.

До основних способів усунення законодавчих помилок можна віднести: скасування законодавчих приписів з помилками; створення державної програми розвитку законодавства України; підготовка професійних нормопроектантів; проведення постійних наукових досліджень у межах предметів законодавчого регулювання; створення системи моніторингово контролю за законотворчістю та її результатами; визначення міри юридичної відповідальності за порушення техніко-технологічних вимог, що ставляться до законів; закріплення правил створення законів та інших джерел права у чинному законодавстві. Важливою передумовою є і закріплення цих основних способів, а також основних змістовних та формальних вимог у Законі України «Про нормативно-правові акти» та конкретизованих вимог – у регламентах чи правилах підготовки законів.

До конкретизованих вимог можна віднести: вимоги до якості законів; вимоги щодо міжнародних правових стандартів, зокрема у сфері забезпечення прав і свобод людини; вимоги до правової культури законодавця та нормопроектанта; вимоги до систематизації законів; вимоги щодо досконалості механізмів реалізації законодавчих приписів.

Важливим є і виявленні способів переборення правотворчих помилок. Це, насамперед, має відношення до колізійних чи конкурентних приписів,

переборення яких здійснюється у процесі правотлумачення (шляхом інтерпретації змісту норми права) чи правозастосування (шляхом створення уподібнених, однотипних чи прецедентних рішень). У таких випадках мова йде про потенційні колізії чи конкуренції, а тому законодавець повинен передбачити способи їх розв'язання та визначити суб'єктів, які повинні забезпечити їх переборення.

Ці та інші проблеми потребують нагальної уваги вітчизняної юридичної науки, оскільки мають пряме відношення не лише до ефективності правового регулювання, а й правової системи України в цілому.

ПРИПИНЕННЯ ДІЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

М. Щирба

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під впливом євроінтеграційних правових стандартів сучасна система джерел права України ускладнюється та урізноманітнюється. Проте, незважаючи на це, в ній і надалі важливе місце займають нормативно-правові акти. Як у зарубіжній, так і у вітчизняній юридичній літературі питанням функціонування нормативно-правових актів приділяється достатня увага. Ті чи інші аспекти їх формування та функціонування висвітлювалися у працях: Алєксєєва С.С., Арзамасова Ю.Г., Зівса С.Л., Дзейко Ж.О., Піголкіна О.С., Полєніної С.В., Тіхомірова Ю.О., Ющика О.І. та інших. Висвітлювалися і деякі питання дії нормативно-правових актів, зокрема у працях Гоймана В.І., Дедюхіна В.В., Ленчика В.А., Пархоменко Н.М., Теплюка М.О. та ін. Проте, з позиції загальної теорії права малодослідженими залишаються і до тепер питання, темпоральної дії нормативно-правових актів, зокрема і припинення їх дії.

Як зазначав Ж.-Л. Бержель: «Вчених, що цікавляться методами вивчення фактору часу у позитивному праві, дуже мало». Нормативно-правовий акт, як відомо, є письмовим юридичним актом, правотворчого суб'єкта, що містить норму чи принцип права. Серед основних ознак, що його характеризують необхідно виокремити, насамперед, такі: приймаються правотворчим суб'єктом, містить норму чи принцип права, є загальнообов'язковим для адресатів; має письмову, юридичну форму вираження; має юридичну силу; діє в часі, просторі та щодо певного кола осіб (адресатів).

За юридичною силою нормативно-правові акти поділяються на закони та підзаконні нормативно-правові акти. Для їх класифікації використовують і інші критерії: характер та обсяг дії; суб'єкти правотворчості тощо.

© Щирба М., 2014

Важливою серед названих ознак є дія нормативно-правових актів, і зокрема у часі. Параметрами дії є початок, напрям, зупинення і припинення. Ці параметри визначають часові межі дії нормативно-правових актів.

Однією з таких меж є припинення дії нормативно-правового акта. І якщо початок дії нормативно-правового акта пов'язується з наданням йому юридичної сили, то припинення його дії – з втратою цієї сили. Але, насамперед, необхідно з'ясувати, що розуміється під словом «дія». Це слово тлумачиться порізному: робота, діяльність, здійснення чого-небудь; сукупність вчинків; функціонування; вплив на когось, на що-небудь; виявлення сили чого-небудь; сукупність і розвиток події та інше.

А слово «діяти» інтерпретується, як: робити, здійснювати що-небудь; виявляти якусь діяльність, чинити; впливати та ін. У юридичній літературі дія нормативно-правового акту трактується як обов'язкова або формальна можливість його здійснення (Рабінович П.М.). В той же час, слова «припиняти», «припинити» розуміються по-різному: зупиняти рух кого-, чого-небудь, спиняти, припиняти; перестати рухатися; перекривати яку-небудь дію, процес, стан, що триває; відміняти чинність чого-небудь; переставати виконувати яку-небудь дію, діяльність, якийсь процес.

Отже, припинення дії нормативно – правового акта – це втрата ним юридичної сили, загальнообов'язкового характеру для адресатів, тобто в цих випадках відміняється його чинність. В інших випадках – це підстава для прийняття інших законів. Так, зокрема, у юридичній літературі зазначається, що такою умовою для прийняття інших законів була відміна з 1996 р. по 2009 р. 73 законів (Теплюк М.О., Ющик О.І.)

За загальним правилом акт діє безстроково, якщо інше не вказано в самому акті.

Як правило питанням припинення дії нормативно – правового акта, як у науковій, так і навчальній літературі приділяється мало уваги.

Одні автори зазначають, що втрата юридичної сили відбувається внаслідок збігу строку, що встановлений у нормативно – правовому акті, прямої офіційної відміни чинного нормативно – правового акта; заміни одного акта іншим, який встановлює нові правила регулювання тієї ж соціальної сфери (Протарасов В.М.).

Інші, це пов'язують з припиненням дії нормативно – правового акта, перераховуючи підстави: збіг строку, на який була розрахована дія акта; прийняття нового акта; вступ в силу міжнародного договору, нормам якого суперечать положення акта, який був виданий раніше; визнання акта неконституційним; визнання акта таким, що втратив силу; припинення дії акта органом, що його прийняв чи спеціально уповноваженим на це органом (Гейман-Колінський В.І., Іванець Г.І., Червонюк В.І.).

В юридичній літературі підставами припинення називають також такі:

1) скасування нормативно – правового акта іншим актом, яке може бути – прямим (здійснюється суб'єктом, що прийняв цей акт або уповноваженим на це суб'єктом); або фактичним – у зв'язку з прийняттям іншого нормативно – правового акта, що регулює ту саме групу суспільних відносин;

2) визнання судами нормативно – правових актів неконституційними або неправомірними (Конституційним Судом України чи адміністративними судами);

3) закінчення строку, на який вони були прийнятті (Погребняк С.П.).

Деякі автори пов'язують припинення дії нормативно – правового акта з певними обставинами: збіг строк дії, на який приймався нормативно – правовий акт; у зв'язку з прямою відміною нормативно – правового акта уповноваженим органом; у зв'язку з фактичною заміною нормативно – правового акта іншим актом, що регулює ту ж групу суспільних відносин (Кулапов В.Л.).

Отже, у юридичній літературі підстави припинення дії нормативно – правових актів, як правило, суттєво не відрізняються. Виокремлюючи порядок припинення дії нормативно правових актів, чи їхніх окремих підрозділів (частин),у загальні підстави припинення їх дії:

1) прийняття нового нормативно – правового акта з того ж питання (з прямою вказівкою про припинення чинності або без неї);

2) зміна обставин, з приводу яких приймаються нормативно – правові акти;

3) закінчення строку на який приймається нормативно-правовий акт;

4) виникнення певних юридичних фактів;

5) припинення суспільних відносин, на регулювання яких був розрахований нормативно – правовий акт;

6) скасування акта органом, який його прийняв, чи органом вищого рівня;

7) скасування акта у судовому порядку: визнання його неконституційним або незаконним (Луць Л.А.)

Важливим при цьому видається не лише визнання таких підстав, але і їх фіксація у чинному законодавстві. Так, глава 14 Закону Республіки Білорусі «Про нормативно –правові акти Республіки Білорусі» (2000 р.), яка називається «Зміни і доповнення нормативно – правових актів Республіки Білорусі, визнання їх такими, що втратили силу» передбачає порядок визнання нормативно – правових актів такими, що втратили силу. Зокрема, стаття 58 цього закону передбачає: «у зв'язку з прийняттям (виданням) нормативно – правового акта визнаються такими, що втратили силу всі акти тієї ж чи меншої юридичної сили або їх частини (розділи, глави, статті, пункти та ін.), якщо вони суперечать включеним у новий акт нормативно – правовим приписам або поглинаються ними.

Водночас, стаття 59 закону «Про нормативно – правовий акти Республіки Білорусі» містить вказівку на необхідність створення переліків актів законодавства, які підлягають визнанню такими, що втратили силу, змінюються чи доповнюються у зв'язку з прийняттям (виданням) нормативно – правового акта. Такий перелік актів законодавства чи їх частин повинен бути розміщений в окремому розділі самого акта чи доповненнях до нього. Якщо таких актів (чи частин) є багато, їх переліки можна оформлятися як самостійний проект, який подається одночасно з проектом основного акта.

У виключних випадках, якщо підготовки проектів таких переліків вимагає багато часу, вона допускається. В таких випадках, готується доручення про розробку проектів відповідних переліків, в якому зазначається орган чи

організація, яким доручається їх підготовка та визначається строк їх подачі до нормотворчого органу (посадової особи). На жаль, в Україні відсутній закон «Про нормативно – правові акти», а тому порядок набрання та припинення чинності нормативно – правових актів України фіксуються у кожному конкретному законі чи іншому нормативно – правовому акті (за виключенням загальних правил), або ж у законах, які визначають компетенцію відповідних органів, які вправі припинити дію відповідних актів. Так, при прийнятті нових нормативно – правових актів припиняється дія попередніх, про що йдеться у самому акті (наприклад, Цивільний кодекс України припинив дію Цивільного кодексу України 1963 р.). Закон України «Про Державний бюджет України» припиняє дію через рік з моменту його прийняття. У зв'язку з ліквідацією наслідків повені на Закарпатті припинив дію Закон України «Про ліквідацію наслідків повені на Закарпатті».

Скасування нормативно – правових актів органами вищого рівня, згідно чинного законодавства, відбувається у такому порядку: скасування місцевою радою рішення свого ж виконавчого комітету; скасування Президентом України або головою обласної державної адміністрації розпорядження голови районної держадміністрація; скасування Президентом України актів Ради міністрів Автономної Республіки Крим. Визнання нормативно – правових актів (чи окремих положень) Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим відповідно до рішення Конституційного суду України неконституційними; або ж визнання нормативно – правових актів (чи окремих їх положень) органів державної влади (окрім Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим), органів місцевого самоврядування незаконними відповідно до рішень судів загальних за підсудністю та адміністративних судів.

Поряд з цим, видається, що порядок набрання, зупинення, припинення дії та визначення напряму його дії мав би визначатися у спеціальному законі, наприклад «Про нормативно –правові акти» чи «Про систему джерел права України».

Про це йдеться і у юридичній літературі, зокрема зазначається, що відсутність формалізованого порядку щодо набрання припинення дії нормативно-правовими актами може породжувати дефекти нормативно – правової регламентації суспільних відносин. Наприклад, у випадку, якщо приймаються новий нормативно – правовий акт, що регулює одну і ту же групу суспільних відносин, але пряма вказівка про припинення старого акта відсутня. В юридичній літературі цю підставу припинення нормативно – правового акта вважають не бажаною, оскільки вона часто є підставою для суперечливої правозастосувальної практики, продовжує різнобій у прийнятті рішень, сприяє виникненню конкуренцій, колізій, прогалин.

Отже, питання дії в часі нормативно – правові актів, зокрема припинення їх дії, є значимими не лише для науки, а й для юридичної практики і потребують більш глибокого теоретичного аналізу.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ

О. Юхимюк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Глобалізаційні та інтеграційні процеси суттєво змінили світопорядок, зблизили національні правові системи, посилили правову інтеграцію. Особливо інтенсивно ці процеси відбуваються в Європі, де інтеграційні процеси мають найвищий рівень. Важливу роль в цих процесах відіграє Європейський суд з прав людини, який утворено на основі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1959 року, з метою забезпечення дотримання сторонами зобов'язань за цією Конвенцією та Протоколами до неї. Юрисдикція Суду поширюється на всі питання тлумачення та застосування Конвенції та Протоколів до неї. Проте, за роки свого існування суд створив надійний юрисдикційний механізм захисту прав людини, який і є основою європейської правової уніфікації.

Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод є уставною конвенцією, вона як і Статут Ради Європи є юридично обов'язковою для держав-учасниць. В літературі висловлюються міркування, що сьогодення вимагає визнання Конвенції, складовою частиною Статуту Ради Європи (Флоранс Бенуа-Ромер, Хайнрих Клебес).

Здійснюючи юрисдикцію у ході розгляду справ (правозастосуванні) та тлумаченні конвенційних норм Суд дотримується міжнародного права, кодифікованого Віденською конвенцією про право договорів 1969 року та враховує значення понять, термінів, принципів та нормативно–правових приписів в її контексті та контексті преамбули (предмету і завдань) Конвенції. Отже, до основних засад (принципів права), які покладені в основу конвенційних норм відносяться принципи міжнародного права, закріплені в Декларації про принципи міжнародного права (1970р.), та принципи права Ради Європи, закріплені у її Статуті.

При цьому, слід зазначити, що мова йде про принципи права (нормативні засади, закріплені в офіційних документах та джерелах міжнародного права), а не правові принципи, правові ідеї, що відображають рівень досягнення правового розвитку конкретного суспільства чи людства в цілому.

Принципи права, як відомо, створюються чи фіксуються суб'єктами правотворення; мають засадничий характер, загальнообов'язковість, нормативність; високий ступінь абстрагованості, стабільність, внутрішню впорядкованість; вираженість у відповідностях джерелах права; об'єктивну зумовленість.

Принципи права класифікують за різними критеріями: за рівнем фундаментальності (загальноцивілізаційні, загальноправові, загальні принципи системи права); за територією поширення (міжнародні та внутрішньодержавні); за

© Юхимюк О., 2014

сферою дії (загальні принципи права, міжгалузеві, галузеві, інституційні); за предметом правового регулювання (принципи конституційного права, цивільного права, кримінального права тощо). Використовуються і інші критерії (типологічні, конкретно-історичні та ін.).

До сучасних загальноцивілізаційних принципів права відносять: демократизм, справедливість, юридичну рівність суб'єктів, повага та захист основних прав і свобод людини та ін.

До загальних принципів міжнародного права відносять: незастосування сили чи погрози силою; співробітництво між державами; невтручання у внутрішні справи держави; добросовісне виконання зобов'язань; вирішення спорів міжнародними засобами; суверенна рівність держав, рівність та самовизначення народів та ін.

Конвенція 1950 року, як зазначено вище, поділяючи мету Ради Європи – досягнення більш тісного єднання між її членами, визначає важливий засіб її гарантування «забезпечення і розвиток прав людини та основоположних свобод». Європейський суд часто посилаючись на Преамбулу Конвенції називає принципи політичної демократії та верховенства права. А відповідно до положень Брайтонської декларації стосовно майбутнього Суду у Преамбулі пропонується закріпити принципи субсидіарності та свободи розсуду.

Аналізуючи текст Преамбули Конвенції та Протоколів необхідно зазначити, що Суд не має правотворчих повноважень, він може лише тлумачити та застосувати як конвенційні норми, так і принципи права.

Так, керуючись духом і змістом Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Суд розвиває та доповнює окремі засади, формуючи при цьому підґрунтя для своєї подальшої практики. Так, у рішенні по справі Спорронг і Лоннрот проти Швеції від 23 вересня 1982 року виведено принцип, що став основою для наступних рішень по застосуванню ст. 1 Протокола № 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: «Суд повинен визначити, чи було дотримано справедливу рівновагу між вимогами інтересів суспільства і необхідними умовами захисту основних прав особи. Прагнення до такої рівноваги властиво Конвенції в цілому і відображається також в структурі статті 1».

Принципи права, що тлумачаться та застосовуються Судом, викладені в різних частинах Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Так, принцип ефективності захисту, застосовуваний Судом, випливає із Преамбули Конвенції, в якій зазначається, що одним із засобів досягнення мети Ради Європи є забезпечення і розвиток прав людини і основоположних свобод та їх колективне гарантування. В справі Сьорінг проти Об'єднаного Королівства від 7 липня 1989 року Суд підкреслив, що «предмет і мета Конвенції як правового інструменту, що забезпечує захист прав людини, вимагає, щоб її норми тлумачилися і застосувались таким чином, щоб зробити її гарантії реальними й ефективними». Продовження цього принципу можна спостерігати у справах, пов'язаних з порушенням статті 3 Конвенції. У справі Мельник проти України від 28 березня 2006 року «суд нагадав, що мають бути вичерпаними лише ті засоби захисту, які є ефективними».

За рахунок розгорнутої практики тлумачення норм Конвенції Європейським Судом з прав людини сфера суб'єктивних прав, що захищається, може бути значно розширена. Так, стаття 6 Конвенцій про захист прав людини і основних свобод, гарантуючи право на справедливий судовий розгляд, в силу прецедентної практики Суду включає і право на виконання рішення Суду попри те, що в тексті статті 6 таке право не міститься. У рішеннях Європейського суду з прав людини встановлено, що гарантії судового захисту у світлі зобов'язань держав по Конвенції не обмежуються винесенням ухвали, а включають кінцевий результат такого судового захисту, а саме отримання позивачем або заявником присуджених майна, грошових засобів або виконання на користь позивача чи заявника дій, вказаних національним судом в рішенні. Зокрема, в справі Бурдов проти Росії від 7 травня 2002 року зазначається, що «стаття 6 § 1 Конвенції захищає право кожного на подання позову або скарги до суду на захист прав, пов'язаних з його громадянськими правами або обов'язками. Це означає, що одним з аспектів права на суд є право на доступ до суду, тобто право ініціювати процедури в суді у цивільних справах. Проте це право стане ілюзорним, якщо правова система Високих Договірних Сторін допускає, щоб остаточне, обов'язкове для виконання судове рішення залишалося невиконаним і не усувало наслідків заподіяного одній із сторін збитку».

Більше того, Європейський Суд з прав людини часто застосовує принцип пропорційності, що прямо не закріплений у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Найперше, виходячи з практики Європейського Суду з прав людини, цей принцип пов'язується з питанням правомірності обмежень прав людини. У справі «Жовнер проти України» від 29 червня 2004 року Європейський Суд з прав людини зазначив, що при оцінці втручання державної влади у використання права власності необхідно з'ясувати, чи дотримується справедлива рівновага загального інтересу і вимогами захисту основних прав громадян. Суд вказує, що повинно бути пропорційно обґрунтоване співвідношення між метою обмеження певного права, зазначеного в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, і засобами, що використовуються державою для такого обмеження. Аналогічне застосування принципу пропорційності можемо спостерігати і у згаданій справі Сьорінг проти Об'єднаного Королівства.

В той же, час необхідно звернути увагу на зміни, що відбуваються у практиці Суду. Так, принципи субсидіарності та свободи розсуду держав були розроблені Судом у ході прийняття рішень, що мають прецедентний характер. Але найбільш дискусійним, як зазначається у літературі, є закріплення посилання на ці принципи у Преамбулі до Конвенції.

Отже, можна констатувати, що Суд на нинішньому етапі не лише розширює зміст конвенційних норм в процесі правотлумачної конкретизації, виробляє однотипне розуміння їх змісту, розробляє критерії однотипного правозастосування та відповідні правові стандарти для держав-учасниць, а й намагається створити принципи права, зміст яких виводиться із Преамбули Конвенції. Хоча як вже зазначалося не лише з неї, оскільки вона базується на загальноцивілізаційних принципах та принципах міжнародного права.

ПРОЦЕСУАЛЬНІ КОДЕКСИ УКРАЇНИ: ОСНОВНІ ДЕФЕКТИ ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

А. Ярмола

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток сучасної системи джерел права України характеризується створенням значної кількості законів, найбільш витребуваними серед яких є кодекси.

У зарубіжній та вітчизняній літературі ті чи інші питання формування та функціонування кодексів висвітлювалися у працях: Баранова В., Євграфова П., Гросмана Л., Гетьман Є., Карташова В., Тіхомірова Ю., Ющика О. та інших. Проте, і до нині малодослідженими залишаються питання дефектів, які притаманні кодексам в цілому, і процесуальним кодексам України, зокрема.

Якщо кодекс – це кодифікований закон, який охоплює основні параметри галузі, інституту чи іншого системного утворення у межах правового регулювання, то він повинен мати високу стабільність, регулювати широке коло питань у межах галузі чи інституту, мати складну, логічно стрункy організацію змісту, високий рівень уніфікованості приписів, значну новелізацію змісту, основні параметри системного утворення у межах предмету правового регулювання. Ці ознаки можуть бути притаманні будь-яким кодексам, зокрема і процесуальним.

Водночас, процесуальні кодекси мають і специфічні ознаки: вони є необхідною формою реалізації норм матеріального права, здійснення прав та виконання обов'язків відповідними суб'єктами; визначають правила, що регламентують процедури розгляду юридичної справи; їх приписи є більш конкретизовані, ніж матеріальні; вони забезпечують здійснення правосуддя у відповідних видах судочинства; регулюють публічно-правові відносини імперативними методами.

Аналізуючи вітчизняні процесуальні кодекси: Господарський процесуальний кодекс України (1991 р.), Цивільний процесуальний кодекс України (2004 р.), Кодекс адміністративного судочинства України (2005 р.), Кримінально процесуальний кодекс України (2012 р.) можна зробити висновки про наявність в них низки дефектів.

Перш ніж виявляти основні дефекти процесуальних кодексів України, необхідно визначити зміст поняття «дефект».

Під дефектом, як правило, розуміють вади, помилку, відхилення. Вітчизняний законодавець дефектом називає невідповідність вимогам встановленим законодавством, відхилення від якості, форми, розмірів, конструкцій, вимог документації.

Отже, дефект – це невідповідність реального та ідеального, яка сприяє настанню негативних наслідків, перешкоджає досягненню позитивних результатів.

© Ярмола А., 2014

Дефекти у правовому регулюванні перешкоджають досягненню основної його мети – належного врегулювання, охорони чи захисту суспільних відносин. Складовою частиною механізму регулювання є і процесуальні кодекси.

Важливим критерієм диференціації дефектів процесуальних кодексів України, є техніко-технологічні вимоги, що ставляться до кодексів. Техніко-технологічні вимоги розділяють на змістовні та формальні.

Але, насамперед, необхідно зазначити, що процесуальні кодекси не завжди відповідають загальним ознакам для всіх кодексів. Зокрема, важко охарактеризувати процесуальні кодекси як високостабільні закони, адже до Господарського процесуального кодексу України внесено понад 60 змін, до Цивільного процесуального кодексу України – більше 50, до Кодексу адміністративного судочинства України – більше 60.

Виникає сумнів і стосовно високого рівня уніфікованості нормативно-правового матеріалу. Адже відомо, що кодифікація має бути спрямована не лише на новелізацію, а й на переопрацювання змісту нормативно-правових приписів у межах галузевого чи інституційного акту. Так, зокрема, правотворчість при створенні Кодексу адміністративного судочинства України не була спрямована на основну мету кодифікації – переопрацювання, уніфікація, систематизація нормативно-правових приписів.

У юридичній літературі зазначається, що доволі часто новоутворені закони називаються законодавцями кодексами. І цей процес для сьогодення є звичним, так як і рекодифікація (перекодифікація). Саме рекодифікація властива для Господарсько процесуального кодексу України та Цивільного процесуального кодексу України. В той же час Кримінальний процесуальний кодекс України має змішаний характер (оскільки частина приписів замінена, а частина новелізована).

У всіх процесуальних кодексах України відсутні гарантії для декодифікації. Так, низка положень процесуальних кодексів змінилася під впливом міжнародних договорів (та інших міжнародних правових стандартів), постанов Пленуму вищих спеціалізованих судів, які розширили зміст нормативно-правових приписів.

Проте часто кодифікація підміняється рецепцією. Так, значна частина приписів Цивільного кодексу України запозичена з Цивільного кодексу Російської Федерації, а саме в частині таких інститутів: комерційний кредит, банківський вклад, субсидіарна відповідальність тощо. Часто такі запозичення здійснюються з міжнародного договору, іноземного законодавства.

Серед змістовних дефектів можна виокремити: невідповідність змісту соціальним факторам, які його обумовлюють; логічним законам, прийомам; системі права; мовним правилам; чинній системі джерел права. До таких дефектів можна віднести відсутність механізму реалізації приписів та забезпечення їх виконання.

До формальних дефектів можна віднести: прийняття не компетентними суб'єктами; прийняття за процедурою, яка передбачена для звичайних законів; вибір неправильної юридичної форми, невідповідність чинній системі джерел права; неправильність структурної організації.

Так, дефекти подвійного регулювання виникають за умови невідповідності чинній системі джерел права України, наприклад, частина приписів Закону України «Про страхування», Закону України «Про господарські товариства», Закону України «Про авторське право і суміжні права» продубльовані у Цивільному кодексі України.

Невідповідність чинній системі джерел права України через відсутність належного її аналізу, спричиняє до неповноти та вибірковості кодифікації, дублювань, неузгодженості між нормативно-правовими приписами процесуальних кодексів та між ними й іншими джерелами права, не усуває дію застарілих нормативно-правових приписів.

Як відомо, всім процесуальним кодексам у системі джерел права законодавцем відводиться пріоритетне місце щодо іншого законодавства України, хоча як за процедурою прийняття, так і за змістом та формою – вони є законами. Тоді виникає питання – на підставі чого законодавець надавав вищу юридичну силу кодексам?

Невідповідність логічній основі, зокрема положенням про систему права, яка є сукупністю принципів та норм права спостерігається при формуванні основних засад правового регулювання у межах конкретного судочинства. Аналіз вітчизняних кодексів свідчить, що низка цих принципів мають міжгалузевий характер: рівність перед законом та судом, змагальність, гласність, відкритість тощо. Більше того, частина цих принципів дублюються у Конституції України, міжнародних договорах, інших джерелах права, що значно розширює зміст процесуальних кодексів, звужує сфери конкретного судочинства.

Спостерігається у процесуальних кодексах і невідповідність мовним вимогам. Таким прикладом є положення про «однакове застосування норм», що є калькуванням із російської мови, а також неправильним перекладом слова «единообразный». Необхідно зазначити, що і кількість статей у процесуальних кодексах збільшується, що ускладнює їх застосування.

Ці та інші дефекти процесуальних кодексів України створюють перешкоди для належного правозастосування, а тому є потреба у виявленні належних способів їх подолання. При цьому, необхідно зазначити, що спосіб подолання нормативно-правових дефектів – це сукупність прийомів та засобів, що сприяють їх усуненню та переборенню.

Звичайно, це, насамперед, відміна дефектних нормативно-правових приписів, створення нових змістовно якісних; проведення належного наукового аналізу соціальних факторів, що обумовлюють їх зміст; прийняття кодексів у більш складній правотворчій процедурі, що дозволить визнавати за ними вищу юридичну силу; фіксація змістовних та формальних технікотехнологічних вимог у спеціальних нормативно-правових актах; створення єдиного процесуального кодексу чи звідного акту, який би охопив особливості процесу у всіх різновидах та процедур у межах єдиної галузі. Саме такий кодекс міг би стати результатом кодифікації, а не рекодифікації та на основі переопрацювання положень Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного су-

дочинства України, Кримінального процесуального кодексу України, уніфікувати та новелізувати нормативно-правові приписи у межах єдиного процесуального кодексу України.

Стосовно способів переборення дефектів до процесуальних кодексів такі не повинні застосовуватися, оскільки їх нормативно-правові приписи мають мати абсолютно визначений характер і бути більш конкретизованими ніж приписи матеріального права. Отже, щодо процесуальних нормативно-правових приписів можуть застосовуватися лише способи усунення дефектів.

В той же час, необхідно зазначити, що ці та інші питання формування та функціонування процесуальних кодексів (та й врешті решт, і матеріальних), виявлення в них дефектів, встановлення належних способів їх подолання потребують більш глибокого теоретичного аналізу.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

РОЛЬ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ У ФОРМУВАННІ ПРАВОВОЇ ДУМКИ

Т. Андрусяк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток правової думки, як складової духовної культури суспільства, відбувається в прогресивному напрямку. Це означає що кожен наступний етап, базуючись на ідеях, концепціях, здобутках попереднього, є, в той же час, їх поглибленням, ускладненням, доповненням. В аграрному патріархальному суспільстві темпи такого розвитку є надзвичайно повільними, як й швидкість суспільних змін. З переходом до нової промислової фази відбувається ускладнення суспільних відносин, диференціація індивідуальних, групових та станових інтересів та потреб. Це знаходить своє втілення і в правовій думці, яка відображає та вбирає в себе всю багатоманітність уявлень про правові аспекти буття різних соціальних груп, їх права та статус в суспільстві. Структурою, в якій формується, кристалізується, твориться правова думка тієї чи іншої суспільної групи, стає формалізована організація цієї групи. В аграрному суспільстві правова думка переважної більшості суспільства формується сільською громадою яка, в багатьох випадках, залишається єдиною формальною організацією до якої належить людина. Для представників верхньої соціальної верстви це лицарський орден, шляхетський сеймик чи інша станова структура. Церква, як суспільна інституція, впливає на чітко визначене коло суспільних відносин з наперед заданими параметрами регулювання, у формування правової думки відіграє специфічну роль, обумовлену її місцем в суспільстві. Процеси модернізації, які відбуваються, в першу чергу, в містах, впливають і на правову думку. Початок формування модерної (на противагу архаїчній) української правової думки слід, на нашу думку, пов'язувати з появою і діяльністю братств, як об'єднань українських міщан для забезпечення своїх духовних, інтелектуальних та інших, не пов'язаних з економічною та релігійною сферою, інтересів. Економічна або виробнича сфера, тобто те, що повинно було б забезпечити потреби людини в житлі, одязі і харчах в даному випадку залишалася в рамках цехової структури. Релігійні потреби забезпечувала церква. Потреба в освіті, забезпечення духовних інтересів, як от література, відстоювання своїх мовних прав тощо, стає завданням створюваних братств. Повільні темпи модернізації суспільства, коли переважна його більшість має проблему зі забезпеченням своїх елементарних економічних потреб, впливає і на розвиток правової думки. В становому суспільстві привілейовані суспільні групи витворюючи систему власних привілеїв та надаючи їй законодавчої форми, тим не менше не витворюють права, не сприяють його розвиткові. Тільки там і тоді, де і коли ліквідується становий поділ суспільства, з його принципово відмінним правовим статусом різних соціальних

© Андрусяк Т., 2014

груп, може успішно і динамічно розвиватися правова думка та право. В західноєвропейській цивілізації цей процес пов'язаний з появою міст як самостійних суб'єктів політичного життя суспільства. Саме тут, в умовах правової рівністю, починається процес формування сучасного модерного суспільства. Процес цей доволі тривалий і повільний, але саме тут витворюється сучасне розуміння права, свободи, прав людини, виробляються механізми їх використання, забезпечення та захисту. Однією з таких форм є поява громадянського суспільства, тобто розгалуженої мережі різноманітних форм громадської ініціативи, як от, громадські організації, рухи, асоціації, політичні партії тощо. В умовах абсолютистської держави, коли монарх міг заявити, що держава це він, саме громадянське суспільство протистояло такій державі, і було сферою реалізації та забезпечення всіх інтелектуальних, громадянських, духовних, культурних та інших потреб, прав та інтересів людини. Більше того, саме тут формується правова думка даної спільноти в усій її багатоманітності та структурованості.

Формування структурованої системи громадських організацій відбувається паралельно з іншими модернізаційними процесами в суспільстві і є невід'ємною їх складовою. Важко назвати сферу суспільного буття в якій реалізуються певні права, інтереси чи потреби індивіда, де б не створювалися громадські організації. Вони формуються за віковою (дитячі, молодіжні), статевою (жіночі), професійною (правників), та іншими ознаками. Проте, і в цьому їх визначальне значення у розвитку правової думки, головним критерієм, що лежить в основі творення всіх громадських організацій є національна приналежність. Тобто громадянське суспільство є основою формування нації, формою витворення національної ідентичності, національної культури, національної свідомості, національної правової думки. Воно є механізмом перетворення етносу, народу в націю як суб'єкта державотворчого та правотворчого процесу. Саме громадянське суспільство як сукупність громадських організацій, що охоплюють різноманітні прояви соціальної активності і окремого індивіда, і більших суспільних груп стає механізмом узгодження індивідуальних, групових та загальнонаціональних інтересів. Але воно не тільки узгоджує ці інтереси, але й формує та розвиває їх, витворюючи цілісну програму всестороннього розвитку суспільства. Якщо в становому суспільстві, з його жорстким закріпленням соціальних ролей і функцій, кожна з соціальних груп мала свої інтереси, забезпечення яких залежало від збереження статусу інших груп (напр. феодал жодною мірою не був зацікавлений у піднесенні культурного, освітнього, інтелектуального рівня прикріпленого до землі селянина, оскільки, в іншому випадку, в останнього виникало закономірне питання про справедливість існуючого порядку), то в модерному суспільстві реалізація інтересів однієї суспільної групи тісно пов'язана з рівнем розвитку решти суспільства (напр. група літераторів зацікавлена в максимальному поширенні результатів своєї літературної творчості, змушена сприти поширенню грамотності, освіти і піднесенні культурного рівня решти суспільства). Це, в свою чергу, веде до зацікавлення проблемами права, а, отже, до розвитку правової думки. Літератор починає цікавитися правами рідної мови, поширенням освіти, соціальним та політичним становищем свого народу, мож-

ливостями позитивних змін у цьому напрямку. Цим, зокрема, пояснюється важлива роль у формуванні сучасних націй, що її відігравала, та зрештою продовжує відігравати, література, письменники, поети. Поширення освіти і науки можливе при наявності відповідних фахівців, їх взаємодопомозі та солідарності. Це веде до появи громадських об'єднань вчителів, розвитку національної науки. Поява фахових об'єднань веде, в свою чергу, до усвідомлення необхідності боротьби за свої економічні права, появи і поширення професійних об'єднань та спілок. При цьому національна солідарність та самосвідомість не протистоять класовим, професійним, а доповнюють та поглиблюють їх. Для тих націй, які формуються в межах великих станових імперій всі громадські організації творять основу для майбутньої національної держави. Саме в громадських організаціях виникає і формується ідея власної національної держави як оптимальної форми забезпечення тих специфічних інтересів, прав і потреб для забезпечення яких творяться ці громадські об'єднання. Поява політичних партій як носіїв ідеї національної державності є вже наступним етапом.

В умовах відсутності власної національної держави саме громадські організації стають механізмом забезпечення реалізації культурних, наукових, творчих та інших духовних потреб кожного члена нації, вони ж формують усвідомлення правових шляхів їх забезпечення і захисту. При цьому законодавче закріплення можливості створення та діяльності таких організацій впливає тільки на форми та результати їх роботи, а не на їх появу і функціонування. Очевидно, що в умовах конституційної держави діяльність громадських організацій буде мати інші форми, ніж в умовах абсолютизму. Проте формування громадянського суспільства та його складових, якими і є громадські організації, є неодмінною складовою процесу модернізації суспільства і не залежить від наявності чи відсутності передбачених законодавством можливостей. В становій імперії, територія якої охоплює території різних народів, поява і розвиток громадянського суспільства може бути максимально сповільнена діяльністю державних структур, проте вона не може бути зупинена. Так само, як і діяльність громадських організацій, незалежно від мети їх створення та діяльності, форм і методів роботи, завжди буде об'єктивно спрямована на формування основи для появи, при сприятливих умовах, національної держави. Тому в становій імперії діяльність державних органів спрямована на максимальне обмеження впливу та сфер діяльності громадських інституцій, і будь-які поступки в цьому напрямку є тільки результатом перемог та тиску на державну владу з боку громадянського суспільства. При цьому державні органи виступають захисником законодавчо закріплених привілеїв окремих осіб, соціальних груп чи класів, тобто гальмують розвиток права та правової думки. А через громадянське суспільство, окремі його інституції відбувається розвиток і права, і правової думки, тобто осмислення шляхів і механізмів розвитку та утвердження права як базового регулятора суспільних відносин та їх законодавче закріплення через парламентську процедури або, в абсолютній монархії, через нормативно-правові акти монарха. В багатонаціональній державі (під багатонаціональною слід розуміти державу, територія якої охоплює етнічні території різних народів, а не державу в якій є національні меншини) формуються різні громадянські суспільст-

ва, які функціонують паралельно і спрямовані на забезпечення потреб власного народу, а отже, формують національну правову думку.

В національній демократичній державі громадські організації зберігають свою роль і значення у формуванні та розвитку правової думки. Саме через громадські організації осмислюються шляхи та механізми правового регулювання суспільних відносин у сфері охопленій діяльністю тієї чи іншої громадської організації. Зрозуміло, що мова йде про реально створені зацікавленими особами громадські структури, а не державні утворення, яким надано форму громадських організацій, що має місце в тоталітарній державі, де діяльність реальних громадських організацій є неможливою, оскільки за своєю суттю така держава є антиправова. В демократичній державі закони приймаються парламентом, який хоча й є представницьким органом покликаним виражати інтереси всього суспільства, формується політичними партіями, тобто здебільшого людьми для яких політика і є основною професією. А отже, головне завдання політичних партій здобуття і утримання влади, а не формування правової думки, осмислення шляхів подальшого розвитку права тощо. Політичні партії представлені в парламенті кількісно незрівнянно менші, ніж кількість виборців, яка за них голосує. А отже, будучи депутатами, вони приймають закони, які забезпечують правове регулювання відносин, які їх безпосередньо не стосуються, з якими вони не стикаються, і які їх цікавлять як форма забезпечення власної підтримки на майбутніх виборах. Тому осмислення оптимального правового регулювання тих чи інших відносин є справою громадських організацій, члени яких задіяні в ці відносини. Очевидно що є сфери правового регулювання, які стосуються однаковою мірою всього суспільства (оборона, зовнішня політика, освоєння космосу тощо) і їх правове регулювання може бути або предметом загальносуспільного визначення через референдум чи інші форми народного волевиявлення, або пріоритетом відповідних державних структур. Проте у всіх інших суспільних відносинах саме громадські організації, які об'єднують зацікавлених осіб можуть запропонувати найоптимальніші шляхи їх врегулювання. І навіть у випадку коли є різні соціальні групи з протилежними інтересами, пошук консенсусу на рівні діалогу громадських організацій, які репрезентують ці групи може бути значно оптимальнішим, ніж лобіювання однією з груп своїх інтересів у парламенті.

В сучасній державі, яка базується на правовій рівності всіх громадян, не може бути громадянського суспільства в тому розумінні, яким воно було в період існування абсолютних монархій. Законодавство сучасної держави повинно реально забезпечувати кожному громадянинові активне і пасивне виборче право, як можливість участі у формуванні системи органів держави. Поняття «політичної еліти», як і словосполучення «влада і народ» можуть мати місце тільки при наявності закріплених в законодавстві механізмів обмеження переважної більшості громадян в їх можливості формувати владу, впливати на неї, змінювати її. І якщо наприкінці позаминулого століття, коли освітній рівень та економічне становище переважної більшості виборців були достатньо низькими, такі обмеження якщо й суперечили праву, то, принаймні, мали якесь обґрунтування та підстави, то сьогодні, вони є нічим іншим як спроба, в переважній більшості дуже успішна, непра-

вовим законом обмежити права громадян. Саме тому роль і значення громадських організацій, як форми консолідації зусиль певної групи осіб для вирішення індивідуальних, групових чи загальносуспільних справ, в сучасному суспільстві зростає. Громадські організації є оптимальною формою вияву суспільної активності особи в тій сфері, яка її найбільше цікавить, і тією мірою, яку вона вважає оптимальною для себе. Очевидно, що «політична еліта» не зацікавлена в повноцінному й усесторонньому розвитку громадських організацій, як формі неконтрольованої громадянської активності та ефективній формі контролю за діяльністю органів державної влади. Проте громадські організації, як і будь-які інші форми самоорганізації громадян, громадянської ініціативи є основою для вироблення адекватних, відповідних до потреб і можливостей суспільства програм діяльності органів державної влади. Вони ж є й найефективнішим механізмом розвитку правової думки, тобто осмислення шляхів, напрямів та можливостей подальшого правового врегулювання існуючих суспільних відносин, створення оптимальних правових умов для динамічного розвитку суспільства на основі свободи і справедливості.

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОЇ РИТОРИКИ В УКРАЇНСЬКОМУ КОПНОМУ СУДОЧИНСТВІ (XIV–XVIII ст.)

М. Бедрій

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах зростає потреба у висококваліфікованих правничих кадрах для ствердження правової держави в Україні та забезпечення належного рівня реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина. Немаловажливу роль у фаховій підготовці таких правознавців займає освоєння навиків публічного красномовства, що особливо важливо під час виступів у судових процесах. Ці аспекти юридичної професії забезпечує судова риторика – наука та мистецтво переконуючої комунікації. Наведені обставини викликають інтерес до історико-правових аспектів становлення судової риторики на українських землях. Відтак, існує потреба дослідити особливості судової риторики в українському копному судочинстві, оскільки воно базувалося на вітчизняних звичаєво-правових традиціях.

Копне судочинство було врегульованою правовими звичаями та нормативно-правовими актами діяльністю судів сільських громад у XIV–XVIII ст., яка складалась із розслідування злочинів, розгляду та вирішення цивільних і кримінальних справ, а також виконання ними своїх рішень. Копний суд був спадкоємцем вервного суду і розвивав правові традиції Київської Русі та Галицько-Волинської держави. Унікальність цього судового органу полягала в тому, що

© Бедрій М., 2014

він не визнавав станового принципу судочинства, був виборним і колегіальним, а його суддями були авторитетні представники територіальної громади.

Український історик права А. Яковлів звернув увагу на те, що документи, які зберегли до наших часів відомості про діяльність українських копних судів, свідчать, що не тільки судді (що само собою зрозуміло), але й сторони та громада на суді під час процесу виявляли досконале знання українського звичаєвого права; сторони у процесі часто цитували правові звичаєві норми, переказуючи їх зміст в стислих реченнях. Шляхом постійного вживання протягом довгого проміжку часу ці речення перетворилися в стислі, але змістовні та красномовні формулювання, в яких викристалізувалися основні принципи звичаєвого права й народної правосвідомості. Ці юридичні формулювання увійшли згодом до загального вжитку українського народу та стали народними приказками.

Таким чином, в українському копному судочинстві формувалась спеціальна юридична термінологія, а також розвивалась судова риторика. Словесні юридичні формулювання були своєрідними мовними засобами, за допомогою яких суб'єкти копного судочинства спілкувались між собою на засіданні, проводили судові дебати та доводили свою позицію по справі. Отже, можна провести умовний поділ цих формулювань на дві групи: репліки під час судових дебатів, звернень і промов (формулювання-репліки); норми українського звичаєвого права, якими оперували на засіданні копного суду (формулювання-норми).

Формулювання-репліки мали, насамперед, процесуальне значення, оскільки з їх допомогою копне судочинство набувало особливої форми, яка відповідала звичаєво-правовим засадам усності, гласності та динамічності судового процесу. Внаслідок практики копних судів утворювались усталені формулювання-репліки, що було свідченням становлення та розвитку судової риторики в українському звичаєвому праві. Тому значний інтерес становить дослідження цих формулювань

«Хай знають пани копники!» – ця репліка була типовим зверненням учасника судового засідання до складу копного суду. *«Ані я тобі перекосив, ані я тобі переорав»* – дослівно це звичаєво-правове формулювання означало: «Я нічим перед тобою не винен». Копний суд, як правило, звертався до підсудного з пропозицією визнати свою вину. Якщо підсудний не вважав себе винним і був готовий це доводити, то він здійснював відвідну заяву у вигляді згаданого формулювання.

«Копа переможе і попа» – наведене українське народне прислів'я утворилось внаслідок практики копних судів. У ньому зосереджено принцип рівноправності усіх людей перед копним судом, який не визнавав станового поділу суспільства, здійснюючи судочинство щодо усіх суспільних груп. Очевидно, відповідне юридичне формулювання використовувалось як відповідь на заяву відповідача (підсудного) про те, що він не підлягає юрисдикції копного суду у зв'язку з приналежністю до привілейованого суспільного стану (шляхти чи духовенства).

«Що серце ховає, лице промовляє» – очевидно, це висловлювання використовувалось у процесі доказування сторонами копного судочинства своєї правоти, адже рухомі речові докази мали загальну назву «лице» та повинні були доставлятись потерпілим безпосередньо на засідання копного суду. *«Земля нехай підо мною розступиться!»* – наведене речення було типовою присягою уча-

сника копного судочинства під час подання ним свідчень, адже поряд із християнськими присягами продовжували застосовуватись окремі поганські присяги. Вважалось, що земля не пробачить обману, тому покарає винуватця. Крім того, дане юридичне формулювання надавало більшої переконливості судовій промові учасника копного судочинства під час судових дебатів.

«Коли ти кажеш, що межа іде туди, то відійди межу під дерном» – це був виклик на давню ордалію «ходіння під дерном», яка застосовувалась для визначення межі земельної ділянки та зберігалась у карпатських селах Галичини до кінця XIX ст. *«Правда не втоне в воді, не згорить в огні»* – представлена народна приказка утворилась внаслідок використання цієї фрази у копному судочинстві в значенні юридичного формулювання, яке мотивувало необхідність проведення ордалій, тобто випробування вогнем і водою.

«Одвіт», «одказ» чи «вивід» був відповіддю жителів копного округу на питання, які їм задавали копні судді чи потерпілий під час слідства, внаслідок чого утворилася приказка – *«держи хліб на обід, а слово – на одвіт». «Видай винного, хоч би й батько був чи матір»* – представлене юридичне формулювання у копному судочинстві було відповіддю учасників копного суду на питання свідка чи експерта про те, чи хочуть вони, щоб він показав їм винного у вчиненні злочину. *«Відомо всій околиці, що це земля моїх людей»* – наведене формулювання застосовував феодал під час промови на засіданні державного суду, посилаючись на рішення копного суду у земельному спорі.

Формулювання-норми мали як процесуальний, так і матеріальний характер. У цих висловах відображались норми українського звичаєвого права, яких цитували учасники копного судочинства, аргументуючи свою позицію по справі. Дана група усталених юридичних формулювань не менш важлива, ніж попередня, оскільки за їх допомогою можна дослідити, яких форм і змісту набували правові звичаї на українських землях у XIV–XVIII ст. Отже, розглянемо декілька таких формулювань.

«Невихід завжди платить шкоду» – цей вислів є своєрідним формулюванням української звичаєво-правової норми, за якою відсутність на засіданні копного суду особи, яка повинна була брати участь у ньому, була підставою для визнання її винною у вчиненні злочину, справу про який розглядав у той час копний суд. *«Бортницького злодія не ведуть на право міське, але самі вотчичі судять»* – за допомогою цього юридичного формулювання суб'єкт судового процесу аргументував підвідомчість справ про розкрадання пасік копним судам.

«Краще один свідок, який бачив, ніж два, які чули» – це формулювання демонструє оцінку доказів, зокрема показань свідків, у копних судах. З нього випливає, що більшого значення у копному судочинстві надавалось очевидцям події, а не свідкам, які чули про факт, який стосується справи. *«Вижа ніхто пересвідчити не може»* – за допомогою наведеного юридичного формулювання сторона спору чи безпосередньо копний суд мотивував необхідність участі вижа в засіданні, адже ця посадова особа звітувала в державному суді про рішення копного суду.

«Добре слово варте завдатку» – з вище наведеного формулювання, слова людини, яку поважала громада, було достатньо для встановлення поруки щодо підсудного, тому інші запобіжні заходи не застосовувалися. *«Винного двома*

батогами не б'ють» – дане формулювання відповідає давньоримському принципу «non bis in idem», що означає у перекладі з латинської мови «не двічі за одне», а також ч. 3 ст. 2 чинного Кримінального кодексу України, яка передбачає: «Ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за той самий злочин більше одного разу».

«Коли ти за злодієм тягнеш, то ти й сам злодій» – з наведеного формулювання випливає, що особи, які намагались приховати злочин або захищати підсудних, завідомо винних, несли кримінальну відповідальність. Цей вислів використовувався, як правило, потерпілим, щоб уникнути захисту підсудного іншими особами. Очевидно, така заява повинна була усунути бажання присутніх на засіданні копного суду осіб захищати винного, а також надавати неправдиві свідчення, щоб відвести від нього підозру.

Спалення на вогнищі як смертна кара у копному судочинстві застосовувалась, як правило, щодо чарівників і відьом. Згодом її почали застосовувати також і стосовно підпалючів, що отримало вираження у приказці *«Хто без пригоди кого спалить, той сам вогню гідний». «За грунтом і право іде»* ¯ дане юридичне формулювання було аргументом у цивільних спорах, коли встановлювалось право власності на урожай. Воно означало, що власник земельної ділянки був власником рослин, які на ній росли. *«Що судді межи ними знайдуть, того мають терпіти»* – дане юридичне формулювання використовувалась при виконанні рішення копного суду та означало принцип обов'язковості цього рішення.

Таким чином, необхідно зазначити, що учасники копного судочинства доволі рідко посилались під час судових промов на статті законодавчих актів, а значно частіше опирались на норми українського звичаєвого права. Оскільки ці норми не мали письмової форми, тому їх запам'ятовуванню сприяло те, що вони набирали зручного та яскравого звучання. Внаслідок цього вони ставали усталеними й узгодженими словесними юридичними формулюваннями, які знали більшість населення українських земель та мали змогу їх безперешкодно застосувати, захищаючи свої права на засіданнях копних судів.

ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО ЯК ДЖЕРЕЛО УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА

І. Бойко

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах в Україні відбувається активний процес розвитку національної правової системи, яка відповідно до чинної Конституції України повинна відповідати основним принципам демократичної правової держави. Цей процес вимагає глибокого і об'єктивного наукового вивчення історичних джерел пра-

© Бойко І., 2014

ва України, що, у свою чергу, додасть сучасній правовій системі ґрунтовності, послідовності, надійності й ефективності. Фундаментальні дослідження історії джерел права у певних суспільно-політичних умовах сприяють розвитку права, дозволять використати накопичений сторіччями юридичний досвід в сучасних умовах українського правотворення. Глибоке аналітичне осмислення історико-правових процесів становлення і розвитку джерел права України дає можливість по-новому, всесторонніше оцінити тенденції розвитку сучасних правових інститутів. Крім цього, вивчення джерел права важливе для розуміння історичного процесу виникнення права, а також наступності в розвитку правових норм.

В історії правового регулювання цивільних, кримінальних, процесуальних та інших правовідносин важливе місце займає звичаєве право, яке мало великий вплив на писані джерела права. Звичаї (з лат. *mos* – звичай, *svesco* – звичка, *mores maiorum* – звичка предків) формуються під впливом природних, історичних, культурних та інших чинників. Звичаї належить розглядати як свідомі, загальновизнані, усталені правила поведінки, які передаються від покоління до покоління. Звичай – це соціальна норма, правило поведінки, що склалося у процесі співжиття людей у результаті його фактичного застосування упродовж тривалого часу. Звичай виникає разом з людським суспільством і є основною формою соціального регулювання поведінки членів громади за родового ладу. На думку І.Б. Усенка, за своєю природою, звичай є консервативним і закріплює лише те, що склалося у результаті тривалої суспільної практики, відображаючи і загальні моральні, духовні цінності народу, і забобони, расову та релігійну нетерпимість. Ознаками звичаю є: стереотипність, публічність, стихійність виникнення і поширення, давність, безперервність, загальний характер, обов'язковість, визначеність, доцільність, територія застосування тощо. З виникненням держави звичай може трансформуватися у правовий звичай, дотримання якого забезпечується державою. Звичай трансформується у правовий, коли його дотримується населення, коли його застосовують в суді, або ж коли його санкціонує держава. На українських землях звичай трансформувався у правовий звичай, коли його дотримувався народ і коли його застосовували в суді під час регулювання цивільних, кримінальних та інших правовідносин.

Правовий звичай – це звичай, санкціонований державою, а отже, перетворений на джерело права. Звичай встановлюється державою у процесі судової або адміністративної діяльності шляхом закріплення у нормативних актах можливості використання правового звичаю для регулювання певних суспільних відносин. Правовий звичай має регулятивний характер, який стосується майнових, владних, виробничих, розподільних та інших соціальних відносин, офіційно визнаний або санкціонований державною. Трансформація звичаю в правовий приводила його до закріплення в законі, що сприяло заповненню прогалин правового регулювання суспільних відносин. Сукупність правових звичаїв становить звичаєве право. Норми звичаєвого права на українських землях складалися історично в процесі становлення та розвитку суспільного життя. За багатовікову історію українського державотворення у житті українського народу формувалися певні звички і традиції, поняття про справедливість, рівність, природне пра-

во, правила поведінки у повсякденному житті. Основою формування звичаю була творчість народу. Групи, а потім і спільноти людей усвідомлювали необхідність регулювання тих чи інших відносин, дотримувалися їх впродовж тривалого часу самостійно або під впливом громадської думки. Проте такі традиції і звички, заведені порядки і обряди ще не були нормами звичаєвого права. Як відомо, характерною ознакою правової норми є її загальнообов'язковість правил поведінки, встановлених або санкціонованих державою. Для того, щоб традиція чи звичай, усталений порядок або звичка перетворилися у правову норму, необхідно, щоб вони застосовувалися протягом кількох століть, пройшли випробування кількох поколінь, були визнані офіційно, тобто санкціоновані державною владою. Санкціонування звичаїв українського народу здійснювалося різними способами. Найпростіший полягає у тому, що держава не забороняла їх дотримання. Звичай набував форми правового у зв'язку з його інтенсивним застосуванням. На перших етапах свого становлення в усній формі він називався «старина», «правда». Поступово правовий звичай перетворювався у норму звичаєвого права і трактувався як «норов», «покон», «закон». Звичаєве право було джерелом формування норм «Закону Руського», який, очевидно, з'явився у IX – на початку X ст. Українське звичаєве право сягає своїм корінням правових звичаїв Київської Русі, основу частину яких було систематизовано і записано у «Руській Правді» та інших актах князівського законодавства. Проявами звичаєвого права в Київській Русі були, наприклад, такі дії як посадження князя на стіл, рукобиття на знак укладення договору купівлі-продажу, акти здійснення судочинства тощо. Українське звичаєве право зберігало свою силу і застосовувалося у Галицько-Волинській державі, на українських землях у складі Польського Королівства, Великого князівства Литовського, а відтак Речі Посполитої.

Українське звичаєве право є важливою національною цінністю і надбанням, частиною української духовної культури, у якому відображено його сутність. Багатовікова історія українського права є також відображенням глибокої криниці мудрості, яка дійшла до нас через тисячоліття мовою обрядів, традицій, звичаїв, правосвідомості, пам'яток права. Про щирість, доброзичливість, миролюбність, працьовитість, гуманність та інші характерні риси українців можна дізнатися з етнографічних описів українських і зарубіжних дослідників, правових пам'яток. Українці із сивої давнини цінували особисту свободу та право діяти у відповідності до своєї совісті і здорового глузду, жити у любові до ближнього. Впродовж усієї своєї історії українці виробили демократичний світогляд та особливу політико-правову свідомість, яка відображає прагнення до упорядкованості, справедливості і демократичності у відносинах між людьми.

Особливістю українського звичаєвого права було те, що воно не зазнавало впливу з боку литовського, польського, німецького та римського права, оскільки звичаї, традиції та менталітет українців відрізнявся від тих, що були в інших народів. Українське звичаєве право розвивалося на власній морально-етичній, ідеологічній, соціально-економічній та політичній основі. Важливим джерелом українського звичаєвого права була правотворча і правозастосовна діяльність громадських, вічових, копних, козацьких та волосних судів. Норми українського звичає-

вого права були настільки досконалими і авторитетними, що їх неможливо було витіснити з системи діючого права. Це й змусило законодавця санкціонувати їх і визнати джерелом права. Так, Литовський статут 1529 р. зобов'язував судові органи розглядати і вирішувати справи «за давнім звичаєм, на рівні з писаним правом», а у випадку відсутності правової норми – керуватися «під сумлінням… за старовинним звичаєм». Згодом, за Литовським статутом 1588 р. знову було підтверджено особливе значення норм звичаєвого права. Так, у артикулі 54 четвертого розділу Статуту 1588 р. вказувалося: «а де би чого в тому статуті не вистачало, тоді суд, який схиляється до справедливості за сумлінням своїм і прикладом інших права християнських, то правувати і судити повинен». Окремі відносини, зокрема, справи про спадщину, згідно Статуту 1588 р., повинні розглядатися на підставі норм, взятих ще з Руської Правди та звичаєвого права.

Виявом досконалості, авторитету українського звичаєвого права є формування на його основі копних (громадських) судів на українських землях (XIV–XVIII ст.). Тривалий час копні суди діяли з мовчазної згоди польсько-литовської влади і лише у XVI ст. були санкціоновані державою в законодавчому порядку. З цього приводу, А.П. Ткач правильно стверджував, що «копні суди – один із яскравих принципів діяння усіх трьох форм перетворення звичаю у правову норму: незаперечення з боку держави, фактичний розгляд справ в суді на підставі норм звичаєвого права, нарешті, фіксування існуючого звичаю в законі».

В деяких письмових джерелах права XVII–XVIII ст. є вказівки на дію норм звичаєвого права. Так, автор збірника магдебурського права «Порядок» В. Гроїцький підкреслював, що норми звичаєвого права діяли на рівні з писаним правом. Діюча в Україні переробка Зерцала Саксонів П. Щербича встановлювала, що звичаї мають рівну силу з «привілеями» і що «новий звичай» відміняє старе право.

Особливого значення норми українського звичаєвого права набули у Запорізькій Січі, яка була центром формування значної кількості звичаїв, що перетворилися згодом у правові норми. Сукупність козацьких правових звичаїв сформували козацьке право. На думку І.М. Грозовського, звичаєве право запорізьких козаків можна вважати сукупністю правових звичаїв, які діяли на території Запорізьких Вольностей у XVI–XVIII ст., мали нормативний характер, обумовлювалися конкретно-історичними умовами існування козацького суспільства, допускалися або санкціоновувалися верховною державною владою, а в окремих випадках навіть суперечили діючому законодавству. При цьому автор терміни «звичаєве право запорізьких козаків», «правові звичаї запорізьких козаків», «козацьке право» вважає синонімами. Це право не знало писаних джерел. У Запорізькій Січі вищою судовою інстанцією був кошовий суд, який свої рішеннях приймав на основі звичаєвого права і «здорового глузду». Вони були остаточними і не підлягали оскарженню. Вироки курінного отамана про смертну кару за порушення звичаїв війни у воєнних походах виконувалися негайно, що обумовлювалося суворими умовами козацького життя, постійною небезпекою поневолення іноземними ворогами.

Українське звичаєве право було одне з джерел кодифікації права Гетьманщини у XVIII ст. Посилання на звичаєве право було у Кодексі 1743 р. «Права,

за якими судиться малоросійський народ». Перераховуючи діючі джерела права, укладачі цього Кодексу писали: «Чого в усіх інших книгах не знаходилось і додати належало, то в користь одного ж народу, на згоду і в приклад тих же інших християнських прав, також стародавніх добрих малоросійських звичаїв і порядку, додано». Такі ж посилання були і на оригінальних інших офіційних джерелах, які були в розпорядженні кодифікаційної комісії 1728–1743 рр., а також в тексті самих «Прав». До звичаєвого права зверталися й інші кодифікатори українського права. Так, Ф. Чуйкевич, укладаючи в 1750–1758 рр. «Суд і розправу в правах малоросійських», О. Безбородько в «Екстракті Малоросійських прав» 1767 р., урядовці, які розробляли «Екстракт» 1786 р., доводили використання попереднього «особливого» (звичаєвого) права в судочинстві. Його також застосовували для регулювання цивільних правовідносин у Гетьманщині в галузі шлюбно-сімейного і спадкового права.

Під час укладання «Зібрання малоросійських прав» 1807 р. було зроблено 1255 посилань. У двадцяти випадках посилання були відсутні, проте у вступі до розділу Ф. Давидович зазначав, що ці параграфи були розроблені на підставі звичаїв. Особливо норми українського звичаєвого права використовувалися для врегулювання питань розподілу спільної власності.

З поширенням на українській землі російського законодавства, у кінці XVIII ст. деякі норми українського звичаєвого права збереглися у Збірнику місцевих законів для Полтавської та Чернігівської губерній, що містилися у Зводі Законів Російської імперії. За Статутом цивільного судочинства 1864 р. допускалося використання звичаєвого права для врегулювання спадкових, сімейних та земельних відносин щодо яких не було відповідного законодавчого регулювання. Обмеження застосування норм українського звичаєвого права допускалося на українських землях у складі Австрії, а відтак Австро-Угорщини.

В період відродження національної державності (УНР за Центральної Ради, Української держави за гетьмана Павла Скоропадського, УНР за Директорії і ЗУНР) окремі норми земельного, шлюбно-сімейного та спадкового права, на думку І.Б. Усенка, «свідомо відтворювали норми звичаєвого права, які вважалися такими, що найбільше втілювали риси національного права».

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕЖУВАННЯ ЗЕМЕЛЬ В ТАВРІЙСЬКІЙ ОБЛАСТІ НА ПОЧАТКУ XIX ст.

Е. Ванієв

Львівський національний університет імені Івана Франка

8 квітня 1783 р. було видано Маніфест про приєднання Криму до складу Російської імперії. Зміна політичного статусу регіону та зміна суб'єктів права власності на землю при правовому регулюванні земельних відносин у Криму потребували й

© Ванієв Е., 2014

свого юридичного закріплення на практиці. Захоплені та привласнені земельні маєтки, як набуті законним шляхом за юридичними угодами, так й загарбані шляхом обману, зловживання службовим становищем тощо, потребували узгодження із російським законодавством. Так постала проблема межування земель Таврійської області. 20 років було витрачено на перерозподіл власності й на початку XIX ст. дві причини змусили владу звернути увагу на цю проблему. По-перше, у цей час більшість земель імперії, завойовані раніше, вже були відмежовані та закріплені за новими господарями. По-друге, в той час у Криму накопичилася велика кількість судових позовів щодо права власності на земельні маєтки. 13 травня 1754 р. було видано Межову інструкцію. Нормативний акт мав метою визначити юридичні механізми, які дозволяли здійснити межування земель Російської імперії. Із його прийняттям розпочалася загальнодержавна кампанія щодо розмежування права земельної власності. Крім цього, влада також переслідувала мету поповнення державної казни з допомогою стягнення з кожного чітко встановленої суми земельного податку. Дослідивши норми вказаного закону, ми з'ясували, що в якості правопідтверджуючих документів законодавець встановив межові книги та плани земельного маєтку, купчі кріпості (договори купівлі-продажу – авт.), писареві книжки, закладні, довідки, ревізійні казки (документи, які використовувалися із метою оподаткування населення – авт.) тощо. Було надано великий обсяг повноважень землемірам, які були зобов'язані провести межування земель Російської імперії, в той час як володільці земельних маєтків утискалися у правах при вчиненні землемірами межування. У 1783 р. дію вказаного акту було розповсюджено й на територію Криму. 1 квітня 1797 р. в іменному указі, оголошеному генерал-прокурором «Про перевід межових контор і про межування деяких губерній», тамбовській межовій конторі наказувалося переводитися у Новоросійську, Полоцьку та Симбірську губернії. 25 червня 1797 р. було видано сенатський указ «Про початок межування у Саратовській, Оренбурзькій, Новоросійській та Симбірській губерніях». Нормою акту наказувалося розпочати генеральне межування в Новоросійській губернії навесні 1798 р. У п. 1 закону зазначалося, що воля законодавця у особі імператора при проведенні межування полягає у його реалізації здебільшого шляхом добровільних розподілів, аніж вирішенням спорів. Проте, в його інших нормах також було надано великого обсягу повноважень на користь землемірів, у той час як інших суб'єктів межування – поміщиків й татар-поселян, було утиснуто в правах по відношенню до землемірів. Звужувалося коло випадків, при яких власникам земель дозволялося скаржитися на дії землемірів. Натомість, землемірам дозволялося безперешкодно межувати маєтки хоча б й за відсутності їх володільців. При цьому, у нормативному акті не передбачалося санкцій, які б визначали міру відповідальності землемірів при проведенні процедури межування. Сенатський указ «Підтвердження про призначення повітових землемірів повіреними при обмежуванні казенних земель та про негайне оголошення селянам казенного відомства копій з визначень межової канцелярії та контори» від 14 січня 1798 р. мав метою примирити інтереси держави у особі землемірів та власників земель. При виникненні ситуацій, які не передбачені у імперському межовому законодавстві, службовці мусили звертатися до вищестоящих інстанцій у особі начальників губерній, а ті в свою чергу – до межового департаменту Урядового сенату. При цьому, межова процедура не зупинялася. Це дозволяло уникнути не-

прихованого свавілля з боку чиновників по відношенню до власників маєтків. Проте, визначена процедура породжувала бюрократичну тяганину, яка в перспективі гальмувала проведення межування. Цей акт не захищав суб'єктів межування у особі поміщиків й особливо татар-поселян – частково вирішуючи одну проблему, він породжував нову – як в умовах виникаючої тяганини внаслідок земельного спору з приводу межування маєтку дотримуватися апеляційних термінів подання позову. 7 квітня 1802 р. було видано сенатський указ «Про правила генерального розмежування земель у Новоросійській, що зараз Єкатеринославська, Херсонська й Таврійська губернії, про вирішення спорів та видачу планів». У тексті документу також було вказано на проблему, яка полягала в тому, що Новоросійська губернія, на відміну від переважної більшості інших губерній Російської імперії, не має писаревих меж. Нормою указу не враховувалися інтереси та земельні права місцевого населення регіону. Таким чином, було законодавчо встановлено загальні правила, які підлягають виконанню при здійсненні межування земель у Тавриді. Їх прийняття мало велике значення для регіону, оскільки вони дозволяли врегулювати практичні відносини, які складалися між суб'єктами права у особі державних службовців – повітовими землемірами, та володільцями земельних маєтків. Проте, цього виявилося недостатньо для ефективної реалізації межування. На практиці землеміри зіштовхнулися із труднощами та проблемами, які також потребували свого правового регулювання. 16 травня 1806 р. було прийнято сенатський указ «Про порядок межування земель та провадження межових справ». В тексті закону законодавцем наведено визначення межування як «науки, яка показує правила яким чином позначати межі землі, що належить кожному володільцеві, та скласти цим землям найвірніші плани із докладним зображенням різноманітних місцеположень, які містяться всередині цих меж». Вказаний закон представляє собою досить докладну посадову інструкцію для землемірів стосовно їх виконання безпосередніх обов'язків з належного провадження процедури межування на місцях. Його дію розповсюджено й на землемірів Таврійської губернії, оскільки в тексті закону не робиться спеціального позначення якоїсь окремої губернії чи повіту Російської імперії. Як й інші акти, які регулюють проведення межування, він захищає землеміра при виконанні ним його службових обов'язків.

Отже, не зважаючи на детальну регламентацію законодавства про проведення межування в Таврійській області, його недоліком була відсутність правових норм, які б містили санкції для землемірів стосовно недотримання прийнятих положень, зловживання власним службовим становищем, вчиненням злочину. Встановлено, що правовий механізм охорони прав суб'єктів межування визначений непослідовно та нерівномірно, що в свою чергу спричиняло тяганину та плутанину при здійсненні межування, й як наслідок – виникнення позовних скарг між учасниками процесу. Позитивним наслідком було визначення в ході межувальної кампанії конкретних меж земельних маєтків більшості з населення Криму. Юридично було регламентовано коло документів, які визнавали легітимними набуття та підтвердження права власності на землю. Встановленням та здійсненням межування в Криму державою остаточно був закріплений перерозподіл земельної власності між мешканцями регіону, що надало розвитку земельних відносин нової динаміки на іншому якісному рівні.

РЕФОРМИ В ПРАВОВІЙ ОСВІТІ ТА НАУЦІ У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ В ПЕРІОД ПРАВЛІННЯ ГАБСБУРГІВ

В. Кахнич

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після першого поділу Речі Посполитої в 1772 р. західноукраїнські землі, які перебували в її складі, приєднали до монархії австрійських Габсбургів. З них, а також частини польських етнічних земель створили нову провінцію імперії – Королівство Галичини та Лодомерії з центром у Львові.

В 1773 р., через тиск католицьких монархів Європи, Папа Римський Климентій XIV ліквідував орден єзуїтів. Ця подія стала причиною закриття підконтрольних єзуїтам навчальних закладів, у тому числі, Львівського університету. Зважаючи на необхідність підготовки кадрів чиновників, учителів та ін., які б забезпечували всі сфери життя Королівства Галичини та Лодомерії, австрійський імператор Йосиф II у жовтні 1784 р., видав диплом про відновлення діяльності Львівського університету. Його урочисте відкриття відбулося 16 листопада 1784 року. Тоді ж Львівський університет отримав будівлю колишнього монастиря чернечого ордену тринітаріїв на вулиці Краківській.

У структурі навчального закладу було чотири факультети – філософський, теологічний, юридичний та медичний. Головним керівним органом університету була консисторія, до складу якої входили ректор, декани та сеньйори (найстарші за віком і стажем професори). Всі поточні справи на факультетах вирішували професорські колегії, очолені деканами. Щодо специфіки навчання у Львівському університеті наприкінці XVIII – на початку XIX ст., то його студенти спершу три роки навчалися на філософському факультеті, який вважався підготовчим (тут викладали гуманітарні, природничі та технічні дисципліни), а після його закінчення переходили на один з трьох інших факультетів, де навчалися упродовж чотирьох років.

Час правління Марії Терезії та Йозефа II, став проривом для тогочасної правової освіти та науки у Львівському університеті. Це зумовлювалося тим, що університети і наукова діяльність у багатьох аспектах були взірцем для наслідування.

У XVIII ст., відбувалися інтенсивні пошуки облаштування світу і узаконення правил людського співіснування, базованих на світських засадах. Ці пошуки були зумовлені духом епохи, яка ґрунтувалася на раціоналізмі, і вірила у розум і реальність. Тому не випадково, що дисципліни, яким була близька ця тенденція, почали стрімко розвиватися. Очевидно, що і теологія – і не лише католицька, змушена була слідувати новим вимогам університетів, однак і повинна була полемізувати з панівним юридичним тлумаченням світу. У своєму баченні ролі князя і ролі церкви теологія змушена була реагувати на виклики ін-

© Кахнич В., 2014

ших наук. Вона шукала, інколи навіть і дуже вдало, наукового обґрунтування свого нового становища. Ці пошуки мали теологічний характер і проявлялися у зміщенні акцентів віросповідання, і у зміні чи очищенні обряду.

З іншого боку, йшлося про засвоєння чи залучення постулатів, сформульованих світськими науками. Дисципліни, які регламентували правове і політичне співжиття людей, задавали тон у реформах. Вони істотно впливали на спосіб мислення і діяльність реформаторів. Цей факт не заперечує того, що подальший розвиток реформ в державі мав свої особливості залежно від панівної конфесії у регіонах. Однак ці особливості не змінили нової надконфесійної, чи точніше, менш конфесійної парадигми викладання, наукової аргументації і практичної діяльності. Поступове відмирання наукових «забобонів» у XIX ст. стало наслідком діяльності реформаторських університетів у дусі Просвітництва. Розгляд юридичних – у найширшому значенні слова – дисциплін може дати істотні і вагомі результати, які дають нам уявлення про наміри, тенденції і здобутки духовного оновлення. При цьому не слід заперечувати того факту, що інші дисципліни зробили вагомий внесок у справу реформування.

Якщо аналізувати терезіанські та йосефінські реформи університетської освіти, то бачимо, що вони розпочалися доволі пізно, навіть порівняно з протестантськими територіями. У певному сенсі це твердження стосується усіх тодішніх реформаторських зусиль в Австрії. У нашому випадку це мало різноманітні причини, які я хочу побіжно окреслити. По-перше, правління кайзера, яке зміцніло після турецьких воєн, гальмувало глибинні і системні реформи у галузі освіти. Це звучить дивно, однак це історичний факт. Зростання ролі центральних установ імперії було наслідком посилення ролі Австрії як супердержави. Цьому зростанню сприяла і оновлена система юридичної науки в імперії. Одним із наслідків зростаючої бюрократизації державно-політичної сфери стала значна потреба в освічених чиновниках. Цісарський двір задовольняв цю потребу, збираючи юристів з усієї імперії, чимала кількість яких була випускниками Львівського університету. Авторитет і впливовість цісарського двору приваблювали багатьох здібних фахівців, які шукали роботи і визнання. Зрештою їх стало більше, ніж було потрібно.

Разом із зростанням ролі цісарської влади і боротьбою з поганством католицька церква набула нового шарму і світського блиску. Малоймовірним було те, що церква може змиритися з обмеженням свого впливу на такі важливі ділянки, як освіта і виховання, де вона та її ордени істотно визначали світогляд і практику освітніх закладів.

Виходили з того, що всі установи імперії є вірними цісареві і католицизму, і це відповідає інтересам старої, традиційної єдності цісаря і Папи Римського у їх боротьбі з невірними (поганами). Державні установи імперії отримали поштовх для свого розвитку саме завдяки зростанню авторитету цісарської та князівської влади, а також розвитку юриспруденції і тут важливе значення потрібно віддати Львівському університету. Тобто з державним управлінням і системою правосуддя теоретично і практично усе було гаразд. Для аристократії, яку призначали на важливі політичні посади радників, існували інші можливос-

ті здобути необхідні знання. Тут варто згадати «Peregrinatio Academica» (наукове стажування) чи «навчання за кордоном», які давали можливість здобути необхідні знання. Удільні князі меншою мірою потребували опіки і підтримки церкви у цих питаннях. Усталені традиції відживали себе і проведення реформ саме в науці та освіті дало поштовх до розвитку імперії. Виразним свідченням цього інституційного та освітнього традиціоналізму стало надання юристам наукового ступеня Dr. juris utriusque (доктор обох прав – цивільного і канонічного), яке надавали аж до 1774 року. Лише згодом Шрьоттер ліквідував цей старовинний, у деяких регіонах рідкісний звичай.

Отож, реформи торкнулися юридичних дисциплін і підпорядкованих їм допоміжних предметів. Розпочаті реформи імператрицею Марією Терезією зробили поштовх до розвитку освіти та науки Австрійської імперії в цілому та Львівського університету зокрема. Ті основи, які заклала Марія Терезія, продовжив її син імператор Йосип II. Діяльність очільників імперії показала рівень її розвитку. Тому вклад імператриці Марії Терезії та імператора Йосипа II у розвиток освіти та науки Австрійської імперії є визначальним, а для Львівського університету та правової науки та освіти реформи були черговим кроком до розвитку.

ПРАЦІ ЙОГАНЕСА ФОН БУХА ТА ЇХ РОЛЬ У ПОШИРЕННІ РИМСЬКОГО ПРАВА У ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНІЙ ЄВРОПІ

М. Кобилецький

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливу роль у поширенні римського права у Європі відігравали глосатори і постглосатори (коментатори). Більшість глосаторів навчалися в університетах Італії та інших європейських країн. Свою назву глосатори отримали від глос, зроблених на полях і в тексті Corpus Juris civilis імператора Східноримської імперії Юстиніана. Глосаторами були вчителі та викладачі школи вільних мистецтв, у якій поряд з вивченням граматики і риторики викладали предмети з права. Засновником школи глосаторів вважається Ірнерій (жив між 1055–1130 рр.) який надав вивченню Дигестів Corpus Juris civilis наукового характеру. Університет Болоньї, що виник на місці приватного навчального закладу школи мистецтв, стає першим європейським університетом. Наступниками Ірнерія стають чотири доктори права: Булгар, Мартин, Уго і Яків (Якоб). Особливу роль також відігравали глосатори Плацветин, Адзо і Готофрод. Так звана велика глоса (Glossa Magnia ordinaria) була створена Аккурієм. Наступниками глосаторів

© Кобилецький М., 2014

стають постглосатори або коментатори. У науковому сенсі вони значно поступалися глосаторам, оскільки коментували не стільки джерела римського права, а глоси своїх попередників. Коментатори перетворили Corpus Juris civilis у загальне право Європи та стали засновниками європейської юриспруденції. До найвідоміших постглосаторів відносяться Чино да Пістойя, Бартало да Сассоферрато, Бальдо де Убальді, Джасоне дель Майно. Постглосатори створили систематичну юридичну доктрину та перетворили метод глосаторів з допомогою схоластичної діалектики і логіки в професійний інструмент юриста. Постглосатори за характером діяльності і методологією, були значно ближчі до римських юристів ніж глосатори. Серед глосаторів праці яких широко використовувались і на українських землях, відзначились роботи Йоганеса фон Буха. Наукову діяльність Йоганеса фон Буха досліджували і продовжують вивчати відомі німецькі історики права Рудольф Шмідт, Карл Густав Гомеєр, Рольф Лібервірдт, Гайнер Люк, Бернд Кановскі та ін. Йоганес фон Бух народився приблизно у 1290 р. у селі Бух на річці Ельбі у Східнонімецьких землях. Перша документальна згадка про Йоганеса фон Буха відноситься до 1305 р., коли він зустрічається серед студентів Болонського університету в реєстрі «Recepta domini Theodorici». У Болонському університеті Йоганес фон Бух згадується поряд зі своїм товаришем Йоганесом фон Керковим, який був його сусідом у Німеччині, а його батьки перебували у дружніх відносинах з батьками Йоганеса фон Буха. Професор Мартін-Лютер університету Галле-Віттенберг Гайнер Люк виділяє чотири основні етапи у житті та творчості Йоганеса фон Буха. Перший етап тривав з 1305 р. до першого виступу 1321 р. у суді в провінції Брандебург. Другий етап тривав з 1321 до 1333 рр., коли Йоганес фон Бух обійняв найвищу посаду в адміністративній системі провінції Брандебург. Третій етап характеризується періодом найвищої наукової творчості Йоганеса фон Буха і відноситься до 1333–1340. З 1340 р. до смерті Йоганеса фон Буха тривав четвертий етап, коли він був усунутий зі своєї посади та працює виключно над науковими працями. Йоганес фон Бух походив з старовинного дворянського роду і його батько та дід займали високе становище в середовищі маркграфів Саксонії. В Болонському університеті Йоганес фон Бух навчався на протязі чотирьох років і наступна документальна згадка відноситься до 1321 р., коли він був свідком під час підписання угоди між архієпископом Бурхардом II Магдебурзьким та графинею Агнес фон Банденбург. Збереглося ще кілька документів, засвідчених підписами Йоганеса фон Буха, що відносяться до 1321 р.

Документи, підписані Йоганесом фон Бухом, зустрічаються до 1356 р. У даний період в Саксонії та інших німецьких землях відбуваються часті конфлікти між монархіями з приводу переходу влади та майнових спорів. З 1333 р. Йоганес фон Бух очолює органи влади маркграфства Бранденбург, де отримує титул «проводир графства та особливий державний радник». З 1335 року він носив ще й титул «capitanes noster dilectus», «capitanetus generalis». У багатьох документах Йоганес фон Бух згадується як найвищий суддя графства Бранденбург, міст Берліна і Франкфурта над Одером. На протязі 1330–1340 рр. він як висококваліфікований юрист керував проведенням адміністративної та судової

реформи у маркграфстві Бранденбург. Судові функції Йоганес фон Бух виконував і у власному маєтку Єріхов. У 1340 р. Йоганес фон Бух згадується під угодою після графа Гунтера фон Шварцбурка та Герцога Конрада фон Тека. Важливу роль у функціонуванні органів влади землі Бранденбург відігравали станові збори, які вступили у конфлікт із монархом Каролем IV та його представником Маркграфом Людвігом. З 1351 р. Йоганес фон Бух не зустрічається у офіційних документах маркграфства в якості державного службовця або свідка при підписанні документів. У 1351 р. Маркграф Людовик передав графство Марка братам Йоганеса фон Буха, Людвігу Римському і Отто. У німецькій літературі також дискусійною залишається час смерті Йоганеса фон Буха. Більшість дослідників вказують, що глосатор помер біля 1356 р.

Під час навчання в університеті окрім римського і канонічного права він вивчав і праці відомих глосаторів Ірнеріуса, Аккурсіуса та інших. У 1321–1358 рр. в багатьох документах землі Бранденбург з'являються глоси Йоганеса фон Буха. На сьогоднішній день відомо 290 глос Йоганеса фон Буха і вони ще не всі залишаються дослідженими. Загальна кількість опублікованих праць глосатора складає 1500 сторінок. Глоси Йоганеса фон Буха в основному тлумачать Саксонське Зерцало і магдебурзьке право. У своїх роботах Йоганес фон Бух та інші глосатори, як писав відомий український правознавець Андрій Яковлів, дещо відійшли від історичної правди, вказавши що Саксонське Зерцало створено імператором Римської імперії Констянтином у IV столітті та імператором Священної Римської імперії німецької нації Отто Великим у X столітті, який надав його місту Магдебургу. Німецький дослідник Рольф Лібервірт вказує про наявність 82 рукописних примірників праць Йоганеса фон Буха, які знаходяться на даний час у бібліотеках та архівах Амстердама, Берліна, Бонна, Бремена, Дрездена, Ляйпціга, Кракова, Вроцлава, Любека, Магдебурга, Вашингтона та інших міст. Також існують примірники глос, які знаходяться у приватних бібліотеках. Поширенню глос Йоганеса фон Буха сприяло наближеність їх до текстів Саксонського Зерцала і магдебурзького права. Із 107 відомих текстів глос Йоганеса фон Буха 39 застосовувались у центральній частині Німечинни, 23 на західнонімецьких землях, 1 – у північній частині Німечинни, 7 у Прусії та 4 у Данії. Глоси Йоганеса фон Буха також використовувались у Польщі, Угорщині та Словачинні, Чехії, Білорусії, Литві та в Україні. Метою Йоганеса фон Буха, як він сам зазначав, завдяки своїм працям добитися визнання «Саксонського Зерцала серед суддів та інших юристів. У коментарі до Саксонського Зерцала він вказував на переваги письмового права над усним «non exemplis, sed legibus judicandum». Йоганес фон Бух також писав, що рішення треба прийняти на основі закону, а не виходячи з переказів. Він не тільки коментував «Саксонське Зерцало», але і виявляв недоліки, які містились у ньому. Коментарі до Саксонського Зерцала були написані латинською мовою (glossa Latina) та коментар написаний частково латинською і частково німецькою мовами (коментар Стендаля). Латинський коментар, автором якого був Йоганес фон Бух (glossa Latina), був неодноразово переписаний та надрукований на латинській мові із використанням праць глосаторів Ацо (помер 1220 р.), Гостіне (помер 1271 р.) також використовувались

твори Бартосуса де Сассоферато (1314–1357 рр.) та Басльдо де Убальді (1327–1340 рр.) та ін.

Перший коментар до Саксонського Зерцала авторства Йоганеса фон Буха з'явився у 1325 р. він не зберігся. Найдавніший рукопис праць Йоганеса фон Буха, що дійшов до наших днів, був створений у період між 1365 та 1367 рр. Даний рукопис є копією праць, створених за життя глосатора. Коментар Йоганеса фон Буха поряд з Саксонським Зерцалом та Швабським Зеркалом, на думку відомого німецького правознавця Карла Густава Гомеєра, є найбільшими німецькомовними правовими текстами Середньовіччя. Перший друкований текст праць глосатора з'явився в 1474 р. у Базелі в друкарні Берихарда Ріхеля. Глоси Йоганеса фон Буха увійшли і до Гессенерського рукопису XV ст., де міститься Саксонське земське право (Sachsenspiegel Landrecht hir na steit die bedudinge heken heznricht tes der sassen Spegels»). У тексті даного рукопису згадується ім'я глосатора. Коментар Йоганеса фон Буха був неодноразово переписаний та надрукований разом з Саксонським Зерцалом. З іменем Йоганеса фон Буха у Німечинні пов'язують виникнення позитивного права. Глоси коментара складалися з двох частин: коментар до земського права та коментар до ленного права. У глосах Йоганеса фон Буха містяться норми цивільного, кримінального, процесуального, сімейного, муніципального та інших галузей права.

ОЗНАКИ ПРЕДІАЛЬНИХ СЕРВІТУТІВ У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Г. Ковалик

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інститут сервітутів зародився вже в давньоримському праві поряд із інститутами права власності та володіння, і передбачав право користуватися чужою річчю для певних потреб. Традиційно сервітути поділяють на предіальні – servitutes praediorum (їх по-іншому ще називають речові, реальні або земельні) і особисті (персональні) – servitutes personarum. Критерієм зазначеного поділу є призначення сервітутів. Так, предіальні сервітути призначені для забезпечення вигод земельних ділянок і не залежать від зміни власника земельної ділянки. Наприклад, у випадку, коли одна земельна ділянка є ізольованою та для її повноцінного використання необхідна дорога до неї, вода тощо, то за допомогою предіального сервітуту недоліки такої земельної ділянки ліквідуються. Тобто предіальні сервітути пов'язані з конкретною земельною ділянкою і продовжують існувати після зміни власника будь-якої земельної ділянки. Особисті (персональні) сервітути встановлюються в інтересах визначеної особи та припиняються з її смертю.

© Ковалик Г., 2014

Прediальні сервітути, в свою чергу, поділялися на сервітути сільські (servitutes praediorum rusticorum) і міські (servitutes praediorum urbanorum). Зазначені види відрізняються не місцезнаходженням земельної ділянки, а господарським призначенням панівної ділянки: ті сервітути, що використовуються для незабудованих, польових ділянок, є сільськими сервітутами; а ті сервітути, які призначені для задоволення цілей міських (забудованих) ділянок, є міськими.

Прediальним сервітутам, перш за все, властиві ознаки, притаманні інституту сервітутів загалом. Так, сервітутом є речове неподільне право на чужу річ, ціллю якого є вигода для певної особи чи земельної ділянки і в силу якого уповноважена особа може визначеним способом користуватися цією річчю або забороняти визначеним чином користуватися цією річчю іншим особам. Звідси вкажемо, що ознаками сервітутів загалом є: речовий характер; неподільність; належність до прав на чужі речі (неможливо мати сервітут на свою річ); можливість сервітутів тільки щодо тілесних речей; визначена ціль сервітутів – вигода, яку матиме конкретна земельна ділянка чи особа; неможливість сервітутів у формі активних дій, а лише у наданні дозволу на щось (pati) – характерне для позитивних сервітутів, коли він зобов'язаний терпіти дії іншої особи щодо його речі (наприклад, право проходу по земельній ділянці); і в невчиненні певних дій (non facere) – характерне для негативних сервітутів, коли власник речі, яка служить, зобов'язаний не вчиняти дій, які б обмежували права власника сервітуту (наприклад, право на світло та належний вид із вікна).

В класичну епоху юристи називали сервітутами постійний взаємозв'язок між земельними ділянками, при якому одна з них служить потребам іншої. Щоб більш точно визначити таку службу між земельними ділянками, юристи їх назвали правами земельних ділянок (iura praediorum). (D. 8.2.6; D.8.3.6). Римський юрист Цельс в 5-ій книзі «Дигест» пише, що iura praediorum являє собою земельні ділянки із такими властивостями, якими є їх цінність, здоровий стан та величина (D. 50.16.86).

Кожен земельний сервітут передбачає існування двох земельних ділянок, одна із яких використовується для потреб іншої. Одна земельна ділянка, яка отримує від сервітуту певну користь називається praedium dominans, інша, на яку покладається тягар «обслуговування» – praedium serviens. Незважаючи на те, що для прediальних сервітутів характерний обов'язковий зв'язок між двома земельними ділянками, не слід вважати ці земельні ділянки суб'єктами права. Хоча в термінології «Дигестів Юстиніана» зустрічаються словосполучення, що «сервітут належить майну» (D.8.4.1.1; D.8.1.8.1), не слід сприймати це буквально. Такий висновок суперечив би принципам римської юриспруденції. Адже прediальний сервітут стосується саме власника домінуючої земельної ділянки (D.8.1.12: D.8.2.17.3; D.8.2.30.1).

Прediальні сервітути мають ряд своїх ознак, вироблених римськими юристами. Так, по-перше, вони можуть існувати тільки між сусідніми земельними ділянками (D.8.3.5.1; D.20.1.12.). Під сусідніми земельними ділянками слід розуміти не лише ті, які безпосередньо між собою межують (це може бути необхідним для сервітутів tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii, fluminis то-

що), але і такі, що знаходяться у таких місцях, коли одна ділянка може бути корисною для іншої. Так, встановленню сервітуту проходу не перешкоджає та обставина, що ділянки розділяє загальна дорога чи річка, якщо є міст (D.8.2.1; D.8.3.38); це ж стосується і водних сервітутів (D.8.1.14.2; D.8.3.31; D.39.3.17).

По-друге, praedium dominans повинен мати користь від сервітуту. Тобто за допомогою сервітуту встановлювалися такі відносини, які б задовольняли потреби praedium dominans (D.8.3.5.1; D. 8.3.24; D.43.20.1). А це означає, що суб'єкт сервітутних прав отримував можливість користуватися praedium serviens лише у розмірі потреб praedium dominans. Однак сервітут не може задовольняти особисті потреби власника praedium dominans (D.8.1.8.).

В чому може полягати вигода для пануючої земельної ділянки (praedium dominans)? Відомий німецький вчений Г. Дернбург зазначає, що мається на увазі грошова користь, тобто збільшення дохідності пануючої ділянки. Але користь може полягати також у загальних зручностях, наприклад, в належному виді із вікна (D.8.2.3; D.8.2.12; D.8.2.15; D.43.20.3). Крім того, те, що могло задовольняти тільки потреби особи, а не майна, не могло бути предметом земельного сервітуту. Навпаки, можна було встановлювати сервітут, який не був прибутковим для особи, однак був корисним для майна (D.8.1.19).

Від потреб пануючої ділянки залежав зміст земельного сервітуту. Наприклад, сервітут видобування каменю lapidis eximendi міг встановлюватися лише для потреб панівної ділянки, тобто для того, щоб задовольняти потреби в будівництві на цій ділянці (D. 8.3.6.). Натомість при видобуванню каменю для продажу встановити сервітут не можна, оскільки це приноситиме користь не майну, а особі. Таким чином, земельний сервітут може здійснюватися тільки для потреб praedium dominans, але не більше цих потреб.

По-третє, omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent – всі предіальні сервітути повинні мати постійну причину (perpetua causa). Тобто сервітут встановлюється лише у тому випадку, коли обслуговуюча ділянка може задовольняти потреби панівної ділянки не тимчасово чи випадково, а через свої постійні властивості. Тому, наприклад, не можна встановити сервітут проведення води із ставка чи басейну (D.8.2.28), а тільки із постійного джерела води (D.8.3.9.). Вже класичному праві дозволялося встановити сервітут проведення води і з водосховища (D.8.4.2.). Таким чином, не допускався сервітут тоді, коли корисні предмети постачав на обслуговуючу земельну ділянку сам власник цієї ділянки (наприклад, коли проводиться чужа вода), або коли вони будь-яким способом ззовні надаються цій земельній ділянці (наприклад, пісок наноситься водою). Однак інша справа у разі проведення води до панівної ділянки через обслуговуючу ділянку, оскільки тут perpetua causa буде земля, по якій проходитиме водопровід.

На підставі вищевикладеного слід констатувати, що предіальні сервітути у римському праві, будучи різновидом сервітутів загалом, мали свої характерні ознаки, які безумовно відмежовували їх від інших речово-правових інститутів та понять.

ЗАРОДЖЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПОЛІТИЧНИХ ТА ПРАВОВИХ ІДЕЙ У СТАРОДАВНІЙ ГРЕЦІЇ (ВІД ГОМЕРА ДО СОКРАТА)

А. Коваль

Львівський національний університет імені Івана Франка

Історія людства, його культура, мова, релігія, формування суспільних та громадянських політико-правових організацій мають свої етапи зародження та розвитку. Мислителі античної Греції відіграли визначну роль в історії формування і розвитку всієї духовної культури людства, витоків організації та формування сучасної європейської спільноти, її філософії, моралі, правових та політичних ідей, зокрема, щодо розуміння таких понять як свобода, право, законодавство, політика, держава тощо. Саме в античній Греції було зроблено перехід до раціонально-логічного способу пізнання і пояснення оточуючого світу та суспільних явищ, саме з ідей мислителів античної Греції зароджується філософія як ідеологія вільних людей, а свобода як явище політичне (стосувалося лише повноправних громадян) стає фундаментальною цінністю, головною метою зусиль і основоположною ідеєю тогочасної і сучасної політичної та правової теорії і практики. «Політика» як організація життя полісу (міста-держави) дає нові можливості для формування демократичного способу участі в управлінні державою повноправними громадянами.

Як відомо, вже з III тис. до н.е. на Балканському півострові племена ахейців, іонійців та дорійців створили відносно розвинене суспільство, яке започаткувало писемність та кріто-мікенську культуру. Ними були сформовані перші органи управління суспільством (Рада старійшин (буле); Вождь (базилевс); Народні збори (агора)). З VIII до V ст. до н.е. в Греції зміцнюється світська влада і зростають привілеї родової знаті, розвивається рабовласницька демократія й олігархія. Серед грецьких держав-полісів найбільш могутніми і впливовими були Афіни і Спарта.

Із найдавнішої історії Спарти, або Лакедемону, відомо, що, за переказами, правив базилевс Менелай, чоловік прекрасної Єлени, через яку почалася Троянська війна. У X-IX ст. до н.е. – розкладаються родоплемінні відносини й утворюється рабовласницька держава. Багато суспільно-політичних та державно-правових інститутів Спарти пов'язують з іменем легендарного мудреця і законодавця Лікурга, в образі якого злилися, згідно з легендою, риси людини і бога (VIII ст. до н.е.). Спартою керували два царі; рада старійшин (герусія); Народні збори (апелла) та колегія ефорів. Джерелами права у Спарті були звичаї, звичаєве право, потім закони, зокрема, збірник законів (законодавство Лікурга). На іншій території Греції у VII ст. до н.е. через реформи Тесея було об'єднано чотири найбільші племені (філи) Аттіки в один народ з центром у Афінах. Найвизначнішими реформаторами античної Греції били Солон, Пісістрат, Клісфен, Ефіальт і Перікл. До органів управління суспільством/державою належить Колегія архонтів, Колегія

© Коваль А., 2014

стратегів, Геліея або суд присяжних; Ареопаг; Суд ефетів; Колегія одинадцяти; Колегія тридцяти (потім – сорока).

З праць Гомера «Іліада» і «Одіссея» (VIII ст. до н.е.), з творів істориків, зокрема, Геродота (V ст. до н.е.), Фукідіда (V ст. до н.е.), Ксенофонта (V–IV ст. до н.е.), Діодора Сіцілійського (I ст. до н.е.), Плутарха (I–II ст. н.е.), філософів Платона і Арістотеля можна зробити деякі припущення про розуміння права, закону свободи тощо. Спеціальні промови ораторів Лізія (V–IV ст. до н.е.), Ісайоса (IV ст. до н.е.), Ісократа (V–IV ст. до н.е.), а особливо знаменитого Демосфена (IV ст. до н.е.) покликаються на різні нормативні акти, а іноді наводять їхній зміст. У 621 р. до н.е. – в Афінах архонт Драконт уперше видав систематизовані писані закони. У V–IV ст. до н.е. значного розвитку набула вже колективна власність та кримінальне право Афін

Перські походи проти Греції, війни зі Спартою та грецькими державами так званого Пелопонеського союзу на чолі зі Спартою, поразка афінян у Пелопонеській війні (413–410 р. до н.е.), битва при Хіронеї (338 р. до н.е.), постійно виснажували афінське військо. Внаслідок цього майже всі грецькі держави, крім Спарти, увійшли до складу імперії Александра Македонського. Після смерті Александра Македонського у 323 р. до н.е. поступово практично всю територію Геції, в тому числі Спарту, захопила Римська держава.

Цікавим явищем в історії Греції є поява власної міфології, філософії (різних філософських шкіл) та науки. Без основ, принципів, правил, прийомів загальнотеоретичних, філософських та наукових концепцій античної Греції не обходиться жодна сучасна політико-правова теорія. Кожне наступне покоління теоретиків права та держави у своїх працях покликається на ті чи інші погляди грецьких мислителів.

Історія розвитку політичних та правових ідей на території стародавньої Греції, причини виникнення, їх основні закономірності, зміст та значення і є предметом нашого короткого дослідження. Важливими напрацюваннями щодо зародження та розвитку поглядів на державу і право у Стародавній Греції є філософія у висловах «семи мудреців», філософія іонійської, піфагорійської, егейської та інших шкіл права, вчення софістів, вчення Сократа, Платона, Арістотеля, філософські погляди кініків, киренейців, стоїків, епікурійців та скептиків.

Перші грецькі міфи розкривали сутність буття людини на землі: «Боги розділили між собою Всесвіт. Юпітер узяв собі Небо, Нептун – Воду… а Земля лишилася неподілена, для спільного опікування богів». Інший міф розповідає що Прометей викрав з Неба вогонь і передав його людям, а Зевс дав політичну й моральну мудрість як засіб самозахисту. Саме цим обґрунтовується, що справедливість у греків стала дієвим політичним мистецтвом, завдяки якому люди відрізняються від тварин. Найважливішим поняттям для грецького народу є поняття «честі», яке відрізняється від римського поняття «право». Поняття «честі» безпосередньо пов’язане з честю кожного громадянина, які і формують політику міст-полісів античної Греції.

Через таке сприйняття поняття «честі» громадянина можна виявити кардинальну різницю між статусом особи на території стародавнього Сходу як ма-

теріальної (предметної) основи держави зі сприйняттям особи як духовної основи у античній Греції. Так у Греції кожен громадянин особисто брав участь у державних справах завдяки чому формувалась політична мудрість управління державою, громадянами спільно приймалися осмислені закони, з тексту яких можна виявити ознаки поняття «права» та «справедливості».

Перші школи старогрецької філософії відомі під назвою натурфілософських, оскільки в основі їхнього вчення були роздуми про організацію всесвіту. Про організацію життя, як правило, висловлювались мандрівні філософи-мудреці. Для творів грецьких філософів характерний виклад у вигляді діалогів, що породило поняття «діалектика». Так, мілетська школа (VI ст. до н. е.), заснована Фалесом була першою з натурфілософських шкіл (Гіппон, Діоген Аполлонійський.). На їхню думку, основою всього життя є вода та повітря, саме з них шляхом згущення і розрідження утворюються всі речі. Згодом представники космогонічних ідей виділяли не одну, а кілька першооснов усіх речей. Так, Емпедокл говорить про незмінні чотири стихії: вогонь, повітря, воду і землю; Анаксагор причиною і рушієм всіх змін вважає нематеріальний всеосяжний розум; Геракліт Ефесський, як засновник ранньої діалектики давньогрецької філософії, розвинув вчення про вічно живий вогонь як універсальне першоджерело, про загальну мінливість усіх речей, про боротьбу протилежностей, в якій знаходить згоду та постає єдиний узгоджений космос. На думку Геракліта, єдність як боротьба протилежностей, – це логос, слово, вічний закон космосу.

Піфагорійська школа (заснована Піфагором у VI ст. до н.е.). Піфагорійці аналізуючи поняття «закон» та «логос» започаткували ідеалістичний напрям у філософії. Першооснову цього закону вони бачили в натуральних числах. Число було основою будь-якої міри, гармонії, пропорційності та справедливості. Послідовниками Піфагора були Філолай, Архит, Лісій, Евріт.

Представники елейської школи (Ксенофан, Парменід, Мелісс і Зенон) вважали, що є одне позитивне буття, небуття ж немає, є множинний світ чуттєвих відчуттів. Представники школи атомізму Левкіпп і Демокріт з Абдери вважали в основі всього сущого атоми, що рухаються у порожнечі. Демокріт говорив про причинний порядок усіх явищ, розробив етичне вчення, яке справило згодом вплив на Епікура.

Софісти розвивали філософію, риторику (Горгій), граматику і стилістику (Продік), міркували про мораль у законах і політичних установах (Гіппій, Фрасімах та інші), вони заклали основи еклектизму та скептицизму. На думку Протагора, мірою всіх речей була людина, її сприйняття і оцінка. На думку софістів, оскільки більшість людей були слабкими і не могли захистити себе від сильних, вони уклали між собою договір, в якому визначили поняття законності і незаконності, права і неправа. Не зважаючи на це сильніші не раз, користуючись правом сильнішого переступали межі законності та права, окреслені слабкою більшістю. Для софістів право збігалося з силою; відоме їхнє правило: наскільки я маю сили щось зробити, настільки я маю і права. Такі погляди руйнували моральне життя, яке прямо суперечило грецькому духові.

На підтримку розвитку грецької освіти в епоху занепаду релігійних, моральних і політичних принципів вагоме значення відіграла філософія Сок-

рата, яка змінила розуміння ідей про вічність і незмінність сутності людського духу з ідеями добра і правди. Пізнання сутності людини з її незмінними законами розуму й волі; пізнання цього малого світу (людини) з ідеями, які його рухають, було єдиною його метою, яку Сократ висловив фразою «пізнай самого себе». На думку Сократа право є вічною ідеєю, що ґрунтується на вищому божественному порядкові життя, гармонує з вимогами розуму й складає норму діяльності людини. Основу справедливості Сократ шукає у природі, а не у людських законах, так на його думку, часто справедливе за законом є несправедливим за природою. Він стверджує, що всередині людини є внутрішній моральний закон, закладений самою природою. Характеризуючи природу як вияв божественної правди, Сократ робить висновок, що будь-який людський закон має санкцію божественного закону, і відповідно закон, який прийнятий суспільством, має свій корінь у божественному законі. Таким чином, суспільство, на думку філософа – це божественна організація, і поза суспільством неможливе людське щастя; тому треба, щоб окремі члени служили суспільству самопожертовно й чесно. А справедливість Сократ визначає як дотримання внутрішнього неписаного і писаного, встановленого людським суспільством закону, тобто, справедливість є внутрішнім моральним приписом, який змушує людину дотримуватися писаного закону.

Характеризуючи життя Афін, Сократ критикував вибір державних службовців за жеребом, які досить часто не володіють елементарними знаннями про політику та мистецтво управління державою. Він вважав, що особи, які бажають стояти на чолі правління, повинні мати всі чесноти та ґрунтовні знання про себе та інших. Лише морально розвинута та освічена людина здатна, на думку філософа, керувати державою.

На думку Сократа, кожна людина пізнаючи добро і моральні переконання неодмінно стане добрішою та моральнішою. Сократ говорив: скільки я маю знання про справедливе, стільки я маю сили реалізувати його. Отже, Сократ надав ідеї права значення всезагальної загальнолюдської норми, саме тому його справедливо вважають засновником філософії натурального (природного) права. Аналізуючи демократію, філософ критикує неспроможність натовпу ефективно управляти державою. Лише особи, які мають всі моральні чесноти, на думку філософа, можуть керувати державою.

Отже, Сократ сприймає державу через призму розумної, моральної та чесної людини, досконалість держави залежить від тих самих чинників, від яких залежить і досконалість людей, тому поняття «держава» та «людина» є взаємозалежними. Вчення Сократа, зокрема, його характеристика людини як розумної, доброї, мудрої; вільної, мужньої, здібної, пристрасної, справедливої, яка може розумно управляти державою та суспільством стали основою поглядів багатьох наступних поколінь мислителів та філософів від античності до сучасності.

Отже, вже на першому етапі в античній Греції було сформовано розуміння полісу, як необхідного (божественного, природного, розумного) явища. Політика, закон і свобода безпосередньо пов’язані між собою, які впливали на прогресивний розвиток тогочасного суспільства. Закон, як справжній виразник сво-

бодй був розумною нормою політичної справедливості, адекватним правилом взаємовідносин вільних і рівних людей, спрямованих на забезпечення інтересів полісу та всіх його членів. Закон, як норма політичної справедливості, опирається на божественну справедливість і необхідний порядок природи (природниче право). Отже, можна стверджувати, що в центрі уваги перших давньогрецьких мислителів були закономірності походження і функціонування найважливіших політико-правових явищ.

ПОДАТКОВІ ВІДНОСИНИ У АНТИЧНИХ КРАЇНАХ ГРЕЦІЇ ТА РИМУ

А. Кольбенко

Львівський національний університет імені Івана Франка

Виникнення і призначення податків сягають глибокої давнини. Вони були пов'язані з першими суспільними потребами людини. За первісного ладу праобразом податків були жертвоприношення. Але коли почали утворюватись перші державні утворення, система уподаткування поступово набувала більш чіткого характеру. Зокрема, з подальшим розвитком держави виникла «світська» десятина, що справлялася на користь можновладних правителів разом з церковною десятиною. Було також введено інші збори, до яких відносилися плата за користування джерелами питної води, мито за ввіз товарів тощо.

Податки виникли із потреб держави. Щоправда, в джерелах державних доходів податки не відразу зайняли чітке місце. За даними старогрецького історика Геродота у найдавніші часи не було постійних фіксованих внесків у державну казну. Надходження, крім приватноправних доходів керівництва держави, складалися в основному з воєнної здобичі, контрибуції та конфіскацій, підношень і дарунків.

Історико-правовою наукою зафіксовано багато свідчень про оподаткування в античних державах всього або певних категорій населення. До нашого часу збереглися тексти деяких нормативно-правових актів, що регулювали податкові та митні відносини у північнопричорноморських державах у перших століттях нашої ери. Оскільки серед населення полісів панувала думка, що особисті податки мають відбиток рабства, а їх сплата приниженням повноправного громадянина, то навіть внесення пропозиції про стягнення податку потребували попереднього ухвалення, без чого розглядалося як дещо заборонене і навіть злочинне.

Обов'язок сплачувати податки, як правило, замінювався для громадян літургіями – натуральними повинностями або громадськими службами, за допомогою яких держава замість грошей отримувала безпосередньо те, в чому мала потребу.

© Кольбенко А., 2014

Водночас негромадяни, які постійно проживали на території античних держав Північного Причорномор'я, були зобов'язані сплачувати невеликі прямі податки, що називалися метойніон.

З часом погляди на значення оподаткування зазнавали певних змін. Зокрема, у періоди економічної скрути все частіше держава вдається до сплачення податків не лише з повноправного населення, але і з громадян. Саме тому вже у перших століттях нашої ери важливим джерелом поповнення державної скарбниці в античних полісах Північного Причорномор'я стає податок, що сплачувався з покупця та продавця під час купівлі-продажу. Переважно він сплачувався у відповідній державній установі, де в присутності свідків та чиновників або відкупників податків укладалися великі угоди. Якщо ж укладання угоди купівлі-продажу відбувалося приватним чином на ринку чи на вулиці, то продавець повинен заявити про це відповідним чиновникам і повідомити розмір отриманої суми та сплатити разом з покупцем відповідний податок. Були випадки, коли державні органи північнопричорноморських полісів запроваджували й надзвичайні податки. Наприклад, у другій половині III ст. до н.е., щоб вийти з грошової скрути викликаної гострою фінансовою кризою, правляча верхівка в особі колегії семи прийняла постанову запровадити податок на жертвоприношення, який мав надходити до державної скарбниці. Розміри податку чітко визначалися: 300 мідних монет за козу та вівцю, 1200 – за бика, 60 – за шкіру. Є свідчення й про існування ще одного різновиду надзвичайного податку – ейсфори – прямого податку з майна, який стягувався з усіх категорій постійного особисто вільного та напівзалежного населення античних держав Північного Причорномор'я під час війни та спрямовувався на фінансування оборонних заходів.

У Стародавній Греції в VII–IV ст. до н.е. представники знаті, закладаючи основи держави, запровадили податки на доходи в розмірі 1/10 або 1/20 частини прибутків. Були й акцизні збори, які сплачувалися при в'їзді до міських воріт. Це давало можливість концентрувати кошти і витрачати їх на утримання найманих армій, зведення укріплень навколо міста-держави, будівництво храмів, водопроводів, доріг, а також влаштування свят, роздавання грошей і продуктів біднякам тощо.

Особливе місце в історії оподаткування займає також податкова система Стародавнього Риму. Зокрема, тут досить поширеними були так звані трибутні податі, які ділилися на трибут громадян і трибут провінціалів. Громадянський трибут поширювався тільки на римських громадян.

В республіканський період ці податки стягувалися з усієї вартості майна, а в імперський період складалися цензові списки, куди заносились: нерухоме майно, раби, земельні наділи. Провінційний трибут стягувався з підкорених територій.

У мирний час податків, як правило, не було. Витрати на управління містом і державою були мінімальними, оскільки обрані магістрати виконували свої посадові обов'язки безоплатно, іноді вкладаючи власні кошти. Основні витрати спрямовувались на будівництво громадських споруд. Зазвичай вони покривались тими коштами, які держава отримувала за оренду земель. Але в період війни громадяни Риму сплачували податки відповідно до своїх статків. Визначення суми податків здійснювалося кожні п'ять років обраними чиновниками – цензорами.

У римських колоніях запроваджувалися комунальні (місцеві) податки і повинності. Як і в Римі, їхній розмір залежав від статків людей. Громадяни, які проживали поза межами Риму, сплачували як державні, так і місцеві податки.

Якщо війни для римлян були переможними, то податки зменшувались, а іноді державний податок навіть скасовувався. Необхідні кошти забезпечувались потрибуцією завойованих земель. За часів правління Луція Корнелія Сулли громадяни у Римі вже не сплачували жодних податків. Держава отримувала доходи, надаючи в оренду земельні ділянки, збираючи мито та деякі нечисленні податки на розкіш. А комунальні податки з тих, хто проживав за межами Риму, справлялися регулярно.

Тривалий час у римських провінціях не було державних фінансових органів, які здатні були кваліфіковано встановлювали і справляти податки. Римська адміністрація залучала відкупників, діяльність яких, вона не могла контролювати належним чином. Домінування відкупної системи за відсутності чітких правил в оподаткуванні призвело до цілковитого свавілля в провінціях. Звичними явищами стали зловживання та корупція.

Тому реформування фінансового господарства і першу чергу податкової системи намагався провести Гай Юлій Цезар. Насамперед він скасував відкуп для прямих податків і зберіг його лише для непрямих. Для кожної громади було визначено суму, яку вона повинна була ввести. Збирала та розприділяла її сама громада. Податки було зменшено, оскільки держава могла одержувати їх безпосередньо, а значні суми вже не потрапляли до кишень відкупників. Багато міст отримали податкові пільги. Але деякі з них за запеклу боротьбу проти Цезара були покарані збільшенням податків.

Значну роботу у реформуванні податкових відносин продовжив імператор Август Октавіан. Зокрема, в усіх провінціях він створив фінансові установи, що здійснювали контроль за оподаткуванням.

З метою справедливого розподілу податків і збільшення їх надходжень було здійснено переоцінку податкового потенціалу провінцій. Для цього провели відповідні вимірювання територій кожної міської громади та їх земельних угідь. Щодо кожного міста склали кадастри, що містили дані про землевласників. Здійснювався перепис майнового стану громадян, котрим керували намісники провінцій разом з прокураторами, які очолювали їхні фінансові установи. Кожен житель був зобов'язаний у визначений день подати до органів влади свою декларацію. У ній перераховувалися розміри сільськогосподарських та лісових угідь, пасовищ, кількість виноградних лоз, маслинових дерев, а також зазначалися стать і вік учасників всіх членів родини. Власник землі самостійно оцінював свої володіння. Чиновник, який контролював проведення цензу, мав повноваження знизити податок, якщо у зв'язку з об'єктивними причинами знижувалась продуктивність господарства. Податкові документи зберігались у фінансовому органі і були базою для наступного перепису майнового стану.

Основним джерелом прибутків держави у римських провінціях був поземельний податок. У середньому його ставка становила 1/10 доходів із земельної ділянки. Обкладалися податком також нерухомість, живий інвентар, різні цін-

ності. Крім того, кожен житель провінції повинен був сплатити єдиний для всіх подушний податок.

Отже, податкові відносини в античних державах будувалися за принципами, характерними для цього часу, з врахуванням норм античного міжнародного права, а також місцевих особливостей.

СИСТЕМА ПОКАРАНЬ ПІСЛЯ СУДОВОЇ РЕФОРМИ 1864 р. В РОСІЇ

О. Липитчук

Львівський національний університет імені Івана Франка

Наприкінці XVIII ст. судовий процес, як кримінальний, так і цивільний суттєвих змін не зазнав. Для нього характерні були формалізм, сувора канцелярська таємниця. Процес залишався інквізиційним. Продовжувала діяти середньовічна теорія формальних доказів і суворо дотримувався принцип права-привілеї. Широко застосовувався інститут залишення під підозрою, коли суд не мав підстави для засудження підсудного.

Значна частина населення дореформенної Росії була позбавлена можливості захищати свою честь, гідність, мати фізичну недоторканість, право на приватне життя. Коли московський генерал-губернатор князь Д. Голіцин запропонував імператору Миколі I легалізувати інститут адвокатів, то отримав відповідь: «Ти, я бачу, довго жив у Франції, і, здається, ще під час революції, а тому не дивно, що ти засвоїв їхні порядки. А хто згубив Францію, як не адвокати, згадай добре. Хто були Мірабо, Марат, Робесп'єр та інші. Ні, князь, поки я буду царювати − Росії не потрібні адвокати, без них проживемо».

Втім, до середини XIX ст. визначилася когорта найосвіченіших представників інтелігенції та чиновництва, які вважали вкрай необхідними зміни в судоустрої та судочинстві. Як стверджує американський дослідник Ричард С. Уортман, визначальним фактором, який сприяв реформі, була поява в адміністрації людей, які були здатні підготувати і провести реформу.

У листопаді 1864 р. Олександром II (1855−1881 рр.) були затверджені Судові статути, на підставі яких почалася судова реформа.

Згідно з судовою реформою були створені нові судові установи: коронний і мировий суди. Коронний суд мав дві інстанції: окружний суд (в межах губернії, що становила округ) та судову палату, яка об'єднувала кілька судових округів. Окружний суд був колегіальним та мав у своєму складі, окрім професійних суддів, 12 присяжних засідателів, вибраних із представників різних станів. Присяжні засідателі під час розгляду кримінальних справ повинні були дати відповідь на питання, винен чи не винен підсудний. Суддя і члени суду відповідно до закону

© Липитчук О., 2014

визначали міру покарання. Рішення з участю присяжних вважалися остаточними і могли бути оскаржені тільки в касаційному порядку. При відсутності присяжних рішення могли бути оскаржені в судовій палаті. В якості суду першої інстанції судова палата розбирала справи про державні і посадові злочини, які розглядалися за участю станових представників. Сенат ставав касаційною інстанцією. Для розгляду дрібних кримінальних справ та дрібних позовів не більше 500 рублів були створені мирові суди із спрощеним судочинством. Мирові судді обиралися волосними земськими зборами (в Москві, Петербурзі, Одесі − міськими думами) строком на три роки. Апеляційною інстанцією для мирових судів був з'їзд суддів, який мав право повторно розглянути справу з винесенням рішення. Був створений інститут адвокатури, адвокати об'єднувалися в корпорацію присяжних повірених. Судді і слідчі стали незмінними, і від всіх них, окрім мирових суддів, вимагалась спеціальна юридична освіта. Суд остаточно відокремився від адміністрації, слідство − від суду і поліції. Представником урядової влади в суді стала прокуратура, яка підпорядковувалася міністру юстиції.

Процес по всіх справах став змагальним, на місце канцелярської таємниці прийшла гласність, заочний розгляд справ був замінений публічним розглядом за участю сторін та їх адвокатів. Утверджувався принцип здійснення правосуддя тільки судом, відмінялася система формальних доказів, скасовувався інститут залишення під підозрою. Вперше в історії російського права введений цивільний процесуальний кодекс, який вводив принцип диспозитивності. Всі піддані імперії зрівнялися перед судом. Р. Уортман відзначив, що реформа 1864 р. створювала найпрогресивнішу для того часу судову систему і необхідні умови для впровадження законності в систему управління Російської імперії.

Зміни, що відбулися в діяльності судів та судочинстві після судової реформи 1864 р. можна визначити за деякими важливими показниками. Одним із таких критеріїв діяльності судів є розкриття кримінальних злочинів. У післяреформений період злочинність в Росії неухильно зростала і у 1913 р. її рівень був втричі більшим, ніж у 1850-х рр. Причини полягали в отриманні населенням громадянських прав, утвердженням ідей законності, можливості знайти судовий захист, процес руйнації селянської общини та міських корпорацій, послаблення суспільного контролю за поведінкою людини, зміни ціннісних орієнтацій значної частини населення. Водночас судова реформа сприяла збільшенню кількості розкритих злочинів. У 1803−1808 рр. на 100 обвинувачених припадало 44 засуджених, у 1860-і рр. − 40, у 1900-і рр. − 60. У 1870-і рр. було припинено (через відсутність доказів) 60% всіх відкритих справ, у 1880-і рр. − 49%, у 1890-і рр. − 57%, у 1911−1913 рр. − 51%.

Відтак слідство стало працювати ефективніше. Про це свідчать дані щодо термінів розкриття слідством кримінальних злочинів. У 1840−1850-і рр. розслідування однієї справи продовжувалося у середньому 9−11 місяців, при цьому 72% всіх слідств завершувалося упродовж одного року, 26% − упродовж одного-чотирьох років, 2% − більше як чотири роки.

Найважливішою проблемою в судочинстві у дореформений період була повільність у вирішенні справ. У 1830-і рр. вирішення справи (від першої інста-

нції до третьої) займало у середньому два роки. Часто для вирішення справи потрібні були додаткові докази. Починалося листування, яке інколи продовжувалося (великі відстані) до 20 років. Внаслідок цього у 1864 р. у всіх судах накопичилося 167 тисяч невирішених справ, а середній термін перебування справи в архіві складав більше чотирьох років. Якщо у 1830-і рр. до невирішених справ потрапляло 9% усіх справ, то наприкінці 1850-х рр. − 22%. Така ситуація була наслідком багатьох факторів. Найвразливішою ланкою була діяльність поліції, яка затримувала злочинця і проводила слідство. Тут осідало 56% усіх справ. Саме в поліції затримувалося дві третини усіх судових справ. Поліція здійснювала судову функцію по дрібних кримінальних і цивільних справах, а також вирішувала так звані не спірні справи, які не вимагали додаткового розслідування.

Вузькою ланкою в судовій системі були суди першої інстанції, в яких осідало 26% усіх справ. Це було наслідком інстанційного судочинства: через суди першої інстанції проходило 94% усіх кримінальних та цивільних справ. Хоча ці суди були ключовим органом в судовій системі, але вони були укомплектовані малокваліфікованими та низькооплачуваними спеціалістами.

Все це породжувало тяганину у вирішенні судових справ. Хоча Міністерство юстиції і вдавалося до різних засобів прискорення процесу судочинства, але причина полягала в самій судовій системі, побудованій на інстанційному і становому принципах, постійному контролі вищих судових інстанцій над нижчими. Судова реформа 1864 р. скасувала інстанційний порядок судочинства, що значно прискорило розгляд судових справ.

Важливим показником ефективності та законності діяльності судової системи є справедливість судових вироків, яку можна визначити як за кількістю касаційних та апеляційних оскаржень, так і кількістю відхилених оскаржень. У дореформений період кількість оскаржених вироків складала 2,1−7% усіх судових вироків по кримінальних справах і 10,6−15,9% усіх вироків по цивільних справах. У 1880-і рр. кількість апеляцій на вироки усіх видів судів по кримінальних справах зросла в чотири-шість разів, а по цивільних справах складала 19% (за показниками мирових судів). Як до судової реформи, так і після неї суди дуже рідко відміняли вироки судів нижчої інстанції. Це свідчить про те, що вироки, як правило, відповідали закону.

Зростання кількості апеляцій на судові вироки у післяреформений період можна пояснити тим, що в цей період кількість підсудних загальних судів збільшилася за рахунок селян: у 1874 р. на їх долю припадало 62% усіх підсудних, у 1913 р. − 80%. Селяни не знали законів, звикли до суду за звичаєвим правом, що і породжувало їхнє невдоволення вироками та сприяло зростанню кількості апеляцій на судові вироки.

Невідповідність правової свідомості селян і законодавства проявилося у тому, що суди присяжних, де більшість місць належала селянам, виносили м'якші вироки, ніж коронні суди без присяжних. У 1873−1883 рр. суди присяжних виправдали 38%, а коронні суди − 23%, у 1883 р. доля виправданих судом присяжних досягла 43%. Враховуючи ці обставини, уряд у 1884 р. затвердив нові правила для складання списків присяжних. Було збільшено долю освічених

громадян з інших верств, які враховували необхідність дотримання закону при визначенні вироку. Внаслідок цього кількість виправданих присяжними зменшилась з 43% у 1883 р. до 36% у 1887−1891 рр.

Характеризуючи дореформену судову систему, сучасники часто звертали увагу на чисельні випадки хабарництва і корумпованості.

Проте, дані свідчать, що важко стверджувати про всезагальну корумпованість судової системи у дореформений період, оскільки особливих привілеїв у багатих і знатних перед судом не було. Якщо врахувати два показника − кількість засуджених та звільнених від покарання, то найменше покарань зазнавало духовенство, за ним йшло купецтво, міщанство, почесні громадяни і дворянство. Отже, багаті і знатні не мали особливих привілеїв. Мабуть, вирішальним було не соціальне становище людини, а освіченість, що дозволяло їй давати свідчення на свою користь. Тому перевагу тут мали почесні громадяни, духовенство і дворянство. В гіршому становищі знаходилися міщани, селяни. Іншим важливим фактором, що впливав на покарання різних соціальних груп, був тип злочину. Упривілейовані особи здійснювали відносно більше тяжких з точки зору закону злочинів, а непривілейовані − більше дрібних злочинів. Відповідно перші каралися суворіше за інших.

Після судової реформи скарги на корупцію суддів майже припинилися, але зросла кількість виступів суспільства проти втручання адміністрації в дії суду. Це було пов'язано з тим, що на початку 1870-х рр. усі види державних злочинів були вилучені із компетенції суду присяжних і розглядалися спеціальними судами − Особливим присутствієм Сенату. Проте, на долю державних злочинів припадало менш як 0,1% усіх злочинів. Більшість з них розглядалися в загальних судах. А коли обвинувачені опинялися перед судом присяжних, то адміністрація була безсила вплинути на рішення суду.

Судова реформа сприяла також посиленню незалежності судової влади від адміністрації та захисту населення від бюрократії. Хоча Судові статути не створювали справжнього адміністративного суду, а лише його «зародок», але й це було кроком вперед. Устав цивільного судочинства поставив казну в однакове становище з приватними особами при захисті своїх прав. Суперечки, пов'язані із власністю, фінансами, договорами віднині розглядалися в загальних судах на підставі змагального процесу.

Отже, найважливішою проблемою в судочинстві Росії у дореформений період була повільність у вирішенні справ. Особливо неефективно діяло слідство. Судова реформа 1864 р. позитивно вплинула на суд і судочинство. У пореформений період слідство діяло ефективніше, суд працював швидко, здебільшого, на підставі закону. Зменшилась корупція в судах. Водночас вироки судів викликали значну кількість апеляцій і протестів. Коронна адміністрація втручалася в судовий процес, коли справа мала політичний зміст.

Низький відсоток засуджених доводить, що судді намагалися об'єктивно вирішити справу. Суди отримали право вирішувати цивільні справи за власним розсудом, що зупиняло втручання адміністрації у суперечки між приватними особами. Судова реформа 1864 р. в Росії створювала умови для зміцнення правосуддя.

ФОРМА ДОГОВОРУ НАЙМУ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ

М. Миньо

Львівський національний університет імені Івана Франка

Аналізуючи будь-який договір, необхідно розглянути питання, що пов'язані з його формою. Якщо проаналізувати філософські словники, то можна прийти до висновку, що форма – це спосіб існування та зовнішній вираз змісту, де вона змінюється в результаті зміни в самому змісті. За сучасним цивільним правом України всі договори найму знаходять своє вираження в тій чи іншій формі. Для дійсності значної частини з них законодавство ставить вимогу дотримання визначеної форми при їх укладенні. Внаслідок недотримання вимог законодавства про форму, такі договори вважаються недійсними. Проте римське право вкладало в розуміння форми договору найму дещо інші ідеї.

Насамперед слід зазначити, що загальні положення римського права щодо договору найму були однаковими для всіх видів договорів. Іншим важливим моментом було те, що теорія римського права не знала поняття «форма договору» в такому значенні, у якому це поняття розуміємо ми. Римляни мало уваги звертали уваги на теоретичні конструкції, а тому не класифікували форми договорів та не дали визначення самого поняття «форма договору». Але це не значить, що договори, в тому числі і договір найму, цієї форми не мали. Іншим важливим питанням є значення форми договору найму для його укладення.

Форма договору найму тісно пов'язана з тим, що цей договір був консенсуальним договором. Так, В.О. Умов зазначає, що для укладення найму нічого більш не вимагалось, як тільки взаємна згода сторін. Для своєї чинності найм не потребував ні письма, ні вчинення яких-небудь при укладенні договору дій, навіть присутності сторін: достатньо лише, щоб особи, які укладають угоду між собою, прийшли до взаємної згоди. Як тільки згода стосовно найму відбулась, то зобов'язання з договору найму вже виникло, а разом з тим виникли права і обов'язки для тієї і іншої сторони. Так дивилось на це римське право. Сам В.О. Умов називає договір найму безформним та природнім, а також вказує на те, що безформність є однією з його ознак.

Також, на думку науковця, так, як форма для договору найму є несуттєвою, то за загальним правилом, найм може бути укладений і з мовчазної згоди: для укладення найму, за загальним правилом, необхідна лише згода, а далі байдуже, яким чином вона проявиться, вираженою на словах, чи на письмі, або ж мовчазною згодою в тих чи інших діях сторін.Таким чином, за загальним правилом для укладення найму достатньо однієї лише згоди сторін. При цьому римське право вважає договір найму укладеним як тільки буде досягнута згода щодо плати за найм.

Д. Азаревич вказує, що договір – це така угода, яка встановлює цивільне зобов'язання, породжує позов. Але, щоб угода могла породжувати позов, необхідною є наявність факту або сукупності фактів, необхідних згідно з вимогами

© Миньо М., 2014

позитивного права для того, щоб особа могла отримати право на позов. У випадку консенсуальних договорів безпосередньо позитивне право встановлює, що для їх укладення достатньо однієї лише згоди.

Б. Віншейд зазначає, що римське право виставляє таке правило, що зобов'язальний договір для того щоб породити право вимоги повинен мати форму стипуляції. Але з цього правила допускаються виключення, зокрема в тому випадку, коли значення зобов'язання надається згоді сторін самій по собі (консенсуальні контракти).

При укладенні договору найму, на думку автора, діють такі самі засади, як при укладенні договору купівлі-продажу. Договір найму вважається укладеним, як тільки сторони домовились щодо істотних його умов, предмета найму та плати за найм, навіть якщо попередньо вони домовлялись також і про інші умови, щодо яких вони не дійшли згоди.

Отже, виходячи з вищенаведеного, можна зробити висновок про те, що за загальним правилом договір найму за римським правом вважався укладеним з моменту досягнення згоди між сторонами щодо його істотних умов та не потребував дотримання визначеної форми. Проте, водночас, не погоджуємось з позицією В.О. Умова щодо того, що найм можна назвати безформним та вважаємо, що форма в договорі найму існувала, але вона не мала жодного юридичного значення. Хоча, якщо розглядати це питання у дуже вузькому значенні, то думка про відсутність форми загалом не є вже такою недоречною. Отже, якщо форма існувала, то якою ж вона була? Вважаємо, що для відповіді на це запитання слід проаналізувати те, яким чином сторони виражали свою згоду щодо істотних умов договору назовні. Говорити про те, що зовнішнього виразу волі сторін при укладенні договору найму не існувало взагалі ми не можемо, оскільки, якби воля обох сторін зовсім ніяк не виражалась, то жодного договору вони б між собою укласти не змогли. Такий зовнішній вираз згоди полягав в усних словах згоди, або ж виражався на письмі. Так, Л.М. Загурський звертає увагу на те, що найм може бути укладений навіть шляхом кореспонденції між сторонами. Також згода може виражатись мовчанням або ж діями сторін. Проте, слід зазначити, що безпосередня передача предмета найму здійснюється не з метою укласти договір, а для його виконання, тому вона не є такою дією, яка є зовнішнім виразом згоди сторін на укладення договору.

Проте, для того, щоб назвати зовнішню форму згоди сторін формою договору необхідна ще одна важлива обставина – безпосередньо саме зовнішній вираз згоди як такий має бути джерелом зобов'язання, тобто породжувати право вимоги. Л.М. Загурський вказує, що запис при укладенні літеральних договорів є джерелом зобов'язання, а не лише доказом його існування, а Р. Зом додає, що при укладенні літеральних контрактів боржник зобов'язувався внаслідок запису як такого. Проте, при укладенні найму сам запис, незалежно від того, ким він складений зі сторін, де, коли написаний та у якій формі, а також навіть те, що він був чи буде підписаний усіма сторонами не має жодного юридичного значення для дійсності договору як джерела зобов'язання. Тобто наявність чи втрата такого письмового документу жодним чином не впливає на право вимоги та на наявність позову, що витікає з цього договору. Сторони вже чинного догово-

ру можуть домовитись про те, що вони запишуть договір на письмі, але це також жодним чином не вплине на їх права та обов'язки. Якщо припустити ситуацію, що сторони, які дійшли згоди щодо всіх умов договору, вирішили записати договір на письмі, і одна сторона, оформлюючи документ самовільно написала додаткову умову договору або змінила вже існуючу, а інша сторона цей документ підписала, то навіть в такому випадку сам письмовий документ не матиме жодного юридичного значення, не кажучи вже про запис, одностороннього здійснений якоюсь з сторін, в якому було, наприклад, написано про більшу плату за найм, ніж була домовлена попередньо.

Отже, виходячи з положень римського права та сучасного розуміння форм договору, можна прийти до висновку про те, що безформність договору найму, як називав це В.О. Умов, є насправді усною його формою, а письмове оформлення договору є лише умовною констатацією факту його існування, оскільки, наприклад, якщо йдеться про односторонній запис, можна припустити про можливість наявності в прибутковій книзі домовладики навіть неіснуючого насправді договору найму. Тобто, не кожен письмовий вираз волі сторін може бути доказом існування договору чи окремих його умов. Мало того, Є.М. Орач та Б.Й. Тищик звертають увагу на те, що не існувало умови про форму договору найму серед випадкових умов (а серед істотних її не було, оскільки договір найму є консенсуальним).

Аналогічна ситуація і у випадку, якщо сторони домовились про виголошення подвійної стипуляції, мансипацію чи самомансипацію (залежно від виду найму). Ці формальні процедури є такими, що спрямовані на виконання договору, а не його укладення та жодним чином не впливають на момент його укладення та можуть бути лише «кращим доказом» у суді.

Проте, В.О. Умов зазначає про виняток з загального правила: у всіх тих випадках, коли укладення договору не могло базуватись на одній лише особистій довірі, для протилежної сторони у випадку віддачі в найм державних майн, зазвичай передбачалась визначена форма, без якої ці договори вважались неукладеними. Зокрема це стосувалось найму земель та прирівняних до них приватних володінь імператора. В тих випадках, коли закон для укладення найму вимагає визначеної форми, моментом укладення повинен вважатися час, коли найм буде виражений в цій формі.

ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК ГРЕЦІЇ У XX ст.

Х. Моряк-Протопопова

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для Греції 30-ті роки XIX ст. ознаменувались низкою подій, серед яких найважливішими можна вважати грецьке повстання, визнання греків європейськими країнами воюючою стороною, розробка конституції і нарешті проголошення

© Моряк-Протопопова Х., 2014

Греції незалежною державою на конференції у Лондоні 3 лютого 1830 р. З цього часу відновлюється процес розбудови державних органів влади та правової системи незалежної країни, спочатку під значним впливом країн переможниць, які сприяли відновленню грецької державності (Англії, Франції та Росії), а з часом і самостійно. Прийняттям конституції у 1864 р. завершився період новогрецької історії державотворення, головними подіями якого стали національно-визвольна війна та розбудова державного управління (спочатку республіканського, згодом абсолютної монархії і на завершення її перетворення у монархію конституційну), та зрештою, формування ідеології національного визволення греків.

Кінець XIX ст. ознаменувався політичною нестабільністю в країні. Ще одна російсько-турецька війна 1877–1878 рр., на яку покладали великі сподівання, не принесла Греції очікуваних результатів. Зокрема в країні негативно сприйняли включення Македонії за Сан-Стефанським мирним договором, яка розглядалась як традиційно грецька земля, до складу болгарської держави та залишення у складі Отоманської Порти Салонік та Фессалії. Криза політична переросла у кризу економічну, закономірним наслідком якої стало оголошення банкрутства Греції у 1893 р., яке своєю чергою спричинилось до військових невдач у війні з Туреччиною в 1897 р.

На початку XX ст. соціальне напруження продовжує залишатися великим. Реформи були неминучими. Їх провели під керівництвом новопризначеного прем'єр-міністра Венізелоса у 1911 р. Найважливішою була конституційна реформа. Серед численних поправок до діючої конституції слід відзначити наступні: зниження кворуму у парламенті з 1/2 до 1/3 загальної кількості депутатів, з метою унеможливити зрив роботи парламенту шляхом неявки на його засідання; для зайняття посади державного службовця необхідно було скласти іспит; початкова освіта оголошувалась обов'язковою і безкоштовною; впроваджено прогресивний податок на прибутки;встановлено мінімальну заробітну плату; легалізовано діяльність профспілок; уряд отримав право конфіскувати землю в «інтересах нації», що дозволило провести земельну реформу у тих регіонах країни де переважало велике землеволодіння.

У Першу світову війну Греція вступила лише 2 липня 1917 р. на боці Антанти. У перспективі це дозволило їй репрезентувати себе на мирній конференції у Парижі в 1919 р. як активну учасницю бойових дій і претендувати на збільшення своєї території. Впровадження в життя рішень Паризької мирної конференції перетворило Грецію на лідера балканського регіону. Однак очевидні успіхи на міжнародній арені, як це не парадоксально, сприяли загостренню внутрішніх конфліктів, адже значна частина суспільства вважала, що перемоги далися країні надто дорого. У такій складній ситуації Греція розпочинає неуспішну за результатами війну, метою якої було встановлення контролю над Малою Азією. Після підписання вкрай невигідного мирного договору з Туреччиною грецькі політики підняли питання про доцільність монархічної форми правління. Гострі суперечки з роялістами, відставка кількох урядів і зрештою 25 березня 1924 р. парламент приймає закон про проголошення Греції республікою. Даний закон було затверджено на референдумі у квітні 1924 р.

Це доленосне для країни рішення змінило не тільки форму правління, а й вимагало реструктуризації державного апарату загалом та прийняття нової конституції. Однак через суперечки між республіканцями та монархістами прийняття цього важливого рішення постійно відкладалось. Зрештою владу в Греції захопили військові, які розпустили парламент та оприлюднили проект нової конституції. За нею створювався двохпалатний парламент, вибори до якого планували провести 1926 р. і на першому його засіданні було заплановано затвердити нову конституцію. Та з міркувань забезпечення стабільності в країні чи через бажання залишити за собою диктаторські повноваження генерал Пангалос, який на той час зосередив у своїх руках усю повноту законодавчої та виконавчої влади, постійно переносив дату проведення парламентських виборів. Згідно планів Пангалоса Греція мала стати президентською республікою за зразком США. Проведені 18 квітня 1926 р. президентські вибори виграв генерал, як єдиний кандидат, що остаточно засвідчило про відхід керівництва від демократичних способів управління країною.

В результаті чергового військового перевороту 22 серпня 1926 р. уряд Пангалоса було скинуто і проведено парламентські вибори. Перед сформованим ліберальним урядом постала ціла низка економічних та політичних проблем, що вимагали нагального вирішення і серед них прийняття нової конституції, що б закріпила форму правління та унеможливила б проведення чергового державного перевороту з метою реставрації монархії. Це було зроблено 2 червня 1927 р. Нова конституція прийнята парламентом встановлювала республіканську форму правління на чолі з президентом та законодавчим органом у вигляді двохпалатного парламенту.

Після кількох років стабільності перед Грецією знову постала проблема виплат за зовнішніми та внутрішніми зобов'язаннями. Ці економічні проблеми мали і правові наслідки. Зокрема було прийнято закон спрямований проти радикальних та підривних елементів у суспільстві, так званий «Надзвичайний закон» від 29 липня 1929 р., закони про пропорційне представництво, про запровадження цензури. Такі кроки республіканців не могли викликати загального схвалення і події наступних років призвели до відновлення монархії.

9 червня 1935 р. на парламентських виборах здобуває беззаперечну перемогу Народна партія отримавши 243 мандати з 300. На першому ж засіданні парламенту вирішено провести референдум «про монархію». Народне волевиявлення довго не наважувались призначити бо сили у прихильників та противників монархії були приблизно рівними. Проведений зрештою плебісцит під контролем уряду зі застосуванням різноманітних форм фальсифікації волевиявлення засвідчив перемогу монархістів і 14 листопада 1935 р. король Георгіс II отримав запрошення повернутись до Греції. Що цікаво, монархія існувала паралельно зі старою республіканською конституцією, до якої так і не внесли змін. Фактично ж країною одноосібно управляв генерал И. Метаксас, який отримав від короля надзвичайні повноваження. У часи його панування розвинулась ідеологічна концепція «Третьої еллінської цивілізації» (першими були Давня Греція та Візантія). У руслі даної концепції впроваджувалась жорстка цензура, боротьба з опозицією, репресії,

У Другу світову війну Греція вступила фактично восени 1940 р. на боці антигітлерівської коаліції і досить успішно протистояла нападу італійських військ, та коли останні отримали допомогу Німеччини була змушена капітулювати. Територія країни була поділена між Італією, Німеччиною та Болгарією. За угодою між окупантами в Афінах була створена маріонеткова держава – Грецька політія. Окупація тривала три роки і завершилась приходом до влади ЕАМ – Національно-визвольного фронту Греції більшість представників якого були або комуністами, або їх прихильниками. Сформований ЕАМ уряд не був визнаний жодною з країн союзників, однак розгорнув активну законодавчу діяльність. У «Щоденнику законів та постанов» оприлюднено понад сотню нормативно-правових актів. У жовтні 1944 р. з допомогою британських військових відновлюється діяльність законного грецького уряду, що до того часу перебував в екзилі. 31 березня 1946 р. відбулися вибори до парламенту (перші за останні десять років), а проведений плебісцит затвердив монархічну форму правління.

В повоєнній Греції назрівав конфлікт, що переріс у громадянську війну. Цього разу однією з його сторін були збройні військово-партизанські угрупування з лівими поглядами, які активно підтримував СССР. Розпочалося комуністичне повстання. 27 грудня 1947 р. парламент приймає закон «Про заходи державної безпеки, державного устрою і захисту громадянських свобод» за яким ЕАМ та Комуністична партія Греції оголошувались поза законом, а 7 січня 1948 р. з державної служби було звільнено усіх членів комуністичної партії. Завдяки рішучим діям уряду, підтримці США та ряду європейських країн опір повстанців вдалося остаточно зламати у серпні 1849 р.

Після виборів 1951 р. парламент береться до оновлення конституції країни. Остання набула чинності у січні 1952 р. В Основному законі зазначили, що державні службовці не мали права на страйк, а за умови введення надзвичайного стану дія основних права та свободи людини могла бути призупинена. У жовтні 1952 р. було прийнято новий закон про вибори, який фактично зберіг діючу систему виборів, а його найважливішим здобутком було надання виборчих прав жінкам з 1953 р.

Наступні десять років не були спокійними з точки зору політичного життя, однак було проведено цілий ряд важливих ліберальних реформ, які стосувались освіти, охорони здоров'я, праці, сільського господарства та фінансів. Крім того уряд вживав рішучих кроків для подолання так званої «кіпрської проблеми», видавав розпорядження спрямовані на боротьбу з лівими партіями, зокрема комуністичною. Дедалі більш очевидною ставала невідповідність інституту монархії вимогам часу. Назрівала потреба запровадити традиційну для громадянського суспільства систему поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову.

Владу у Греції захопили військові 21 квітня 1967 р. Король визнав цей факт та проголосив, що правління військових не буде тривалим, а є лише перехідним етапом до стійкої демократії. Тимчасово на підставі ст. 91 Конституції призупинено дію тих положень Основного закону, що гарантували права та свободи громадян. Діяльність військових важко оцінити позитивно (навіть беручи до уваги економічні успіхи Греції) бо крім звичних у таких випадках пере-

слідувань опозиції, уряд відзначився декретами, у яких юнакам заборонялось мати довге волосся, а дівчатам носити спідниці вище ніж 15 см від землі, всі студенти були зобов'язані відвідувати богослужіння щонеділі, тощо.

На референдумі 29 вересня 1968 р. затверджено нову конституцію, що формально узаконила стан речей у країні. За нею Греція залишалась монархією, у якій вирішальну роль відігравав прем'єр-міністр. Повноваження парламенту зменшувались, як і загальна кількість депутатів (150 замість 300), більше того існувала можливість позбавлення їх депутатської недоторканості за підозрою у вчиненні злочинів проти держави. Особа мала гарантовані конституцією права і свободи поки не починала ними зловживати. Порушення демократичних принципів викликало різку критику у більшості європейських країн, лунали заклики до виключення Греції з Ради Європи і у грудні 1969 р. уряд діючи на випередження сам проголосив про вихід країни з цієї організації та усіх її інституцій.

Починаючи з 80-х рр. XX ст. діючий режим дещо послаблює авторитарний стиль управління: випускає з в'язниць частину політв'язнів, пом'якшує профспілкове законодавство. Про ліквідацію монархії та встановлення республіканської форми правління було проголошено 1 червня 1973 р. Керівник уряду і фактично одноосібний глава держави Г. Пападополус послідовно провадив діяльність на встановлення «керованої демократії» у Греції. Однак втілити свої наміри у життя йому не вдалось. Лібералізація призвела до масових заворушень, які були жорстоко придушені, але 25 листопада 1973 р. після чергового перевороту Пападопулуса та його соратників заарештовано.

Новий демократичний уряд було сформовано у 1974 р. Тимчасово відновлено дію конституції 1952 р. На виборах до парламенту більшість здобули солідні центристські партії з чіткою програмою дій, щодо подолання економічної та політичної кризи. Питання про долю монархії вирішували на референдумі. За його результатами Греція залишилась республікою. 9 червня 1975 р. Греція отримала нову конституцію, яка і досі є діючою. Нею закріплено найважливіші ліберальні права і свободи людини, в країні проголошувалась парламентською республікою. Цікавим моментом є те, що в конституції Греції вирішено цілий ряд питань, що стосуються Святої гори Афон, управління Грецькою Православною Церквою, заборонено офіційно перекладати Святе Письмо без її дозволу. До традиційного переліку прав і свобод людини і громадянина додано заборону видавати іноземця, якого переслідують за діяльність в ім'я свободи. Професори вищих навчальних закладів за конституцією є державними чиновниками, а отже на них поширюється дія ч. 4 ст. 12 конституції про можливість обмеження їх права об'єднуватись у союзи. Наостанок закріплено, що повага до Конституції і законів прийнятих на її виконання, відданість Батьківщині і демократії є головним обов'язком усіх греків. Наступним кроком уряду стало прийняття закону «Про переворот 21 квітня 1967 р., пов'язані з ним питання і покарання злочинців». За цим актом засуджено багато діячів воєнного режиму на чолі з Г. Пападополусом.

Греція відновила свою діяльність в міжнародних європейських інституціях, у травні 1979 р. підписала договір про вступ до Європейської Економічної Спільноти.

Отож, здобувши незалежність на початку XIX ст. та здобувши статус держави регіонального значення Греція була змушена стабілізувати ситуацію всередині країни. У підсумку їй вдалося подолати між партійні конфлікти, стабілізувати систему управління та стати на шлях розвитку, що притаманний країнами центральної Європи. Результатом стало входження Греції до Європейського Союзу (1981 р.) та зони євро (2002 р.).

АКТИ ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА

Н. Паславська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Судові акти, до яких належать рішення і висновки Федерального Конституційного Суду Федеративної Республіки Німеччина (ФРН) містять нормативні положення, які є результатом тлумачення Основного Закону ФРН. Під висновками Федерального Конституційного Суду розуміють судові акти, прийняті без проведення процедури усного розгляду, в яких вирішують конституційно-правові питання, сформульовані у зверненні.

Нормативні положення, що містяться в зазначених судових актах Федерального Конституційного Суду ФРН є складовою частиною рішень не тільки у справах про тлумачення Основного Закону ФРН, але й складовою частиною рішень по інших категоріях справ, віднесених до компетенції Федерального Конституційного Суду ФРН (по справах абстрактного нормоконтролю, конкретного нормоконтролю, з вирішення спорів про компетенції та інших категоріях справ).

Наявність таких характеристик судових актів Федерального Конституційного Суду ФРН дозволяє зробити висновок про їх прецедентний характер:

– судові акти є результатом діяльності органів судової влади (Федерального Конституційного Суду Німеччини);

– вони приймаються при розгляді конкретних справ в порядку конституційного судочинства;

– складовою частиною судових актів є нормативне положення, яке формує основу для прийняття рішення в цілому;

– здійснення офіційної публікації судових актів.

Нормативна складова судових актів Федерального Конституційного Суду Німеччини є аналогом обов'язкової частини судового прецеденту «ratio decidendi» як елемента доктрини судового прецеденту, розробленої в країнах сім'ї загального права.

Прийняття досліджуваних судових актів Федеральним Конституційним Судом Німеччини, основоположною функцією яких є тлумачення Основного

© Паславська Н., 2014

закону держави, зумовило специфіку зазначених судових актів в порівнянні з судовим прецедентом. Специфіка виявляється в тому, що нормативні положення, що містяться в судових актах зазначених органів конституційної юстиції, мають конституційно-правову природу.

Вивчення нормативно-правової основи діяльності Федерального Конституційного Суду Німеччини дало змогу прийти до наступних висновків:

Федеральний Конституційний Суд ФРН приймає два види судових актів: рішення (на основі усного розгляду) і висновки (без усного розгляду). Як підвиди ухвал можна виділити ухвали про задоволення конституційних скарг, що приймаються Палатою Федерального Конституційного Суду Німеччини без проведення процедури усного розгляду у випадку, якщо Суд раніше вирішив конституційно-правове питання, що має значення для даного. Досліджувані судові акти Федерального Конституційного Суду ФРН приймаються в порядку конституційного судочинства, врегульованого у Законі ФРН від 12 березня 1951 «Про Федеральний Конституційний Суд».

Специфіку юридичної природи судових актів Федерального Конституційного Суду ФРН можна схарактеризувати за наявністю в них наступних юридичних властивостей: загальнообов'язковість; остаточність; нездоланність; безпосередня дія.

Загальнообов'язковий характер досліджуваних судових актів Федерального Конституційного Суду Німеччини дозволяє розглянути питання про можливість наявності в судових актах норм права. На основі аналізу судової практики Федерального Конституційного Суду Німеччини був зроблений висновок про те, що частина судового рішення містить гіпотезу і диспозицію, що є елементами норми права; санкція міститься в інших правових текстах, зокрема, у Кримінальному Кодексі Німеччини. При цьому, складова частина судового акту, що має нормативне значення (яка в Німеччині отримала назву «провідні причини» прийняття рішення), є висновком суду, що є основою для прийняття рішення в цілому.

При розгляді такої юридичної властивості як остаточність, притаманної актам Федерального Конституційному Суду Німеччини, була проаналізована проблема можливості оскарження рішень зазначеного Суду в Європейському Суді з прав людини. На підставі правового аналізу положень Конвенції про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 року можна дійти висновку, що встановлення Європейським Судом з прав людини порушення Конвенції, пов'язаного з прийняттям Федеральним Конституційним Судом судового акта, автоматично не спричиняє його скасування, а означає встановлення обов'язку держави вжити відповідних заходів з метою недопущення в подальшому порушень положень Конвенції.

Нездоланність судових актів Федерального Конституційного Суду Німеччини має два законодавчо закріплених винятки: право переглянути рішення про позбавлення конституційних прав і свобод і скасувати його повністю або частково, або скоротити термін позбавлення прав; можливість оскарження ухвали про прийняття спеціального розпорядження про тимчасове врегулювання

або про відмову в його прийнятті. Потрібно зазначити, що спеціальне розпорядження про тимчасове врегулювання приймається Федеральним Конституційним Судом Німеччини у разі, якщо існує небезпека заподіяння тяжкої шкоди, небезпека насильства, або якщо інші важливі причини вимагають прийняття тимчасового рішення в інтересах загального блага.

Під час розгляду безпосередньої дії судових актів Федерального Конституційного Суду потрібно звернути увагу на те, що безпосередня дія і виконання судових актів уповноваженими особами можуть не збігатися в часі, більше того, випадки невиконання конкретних рішень аналізуються у ФРН протягом тривалого періоду часу.

Крім того, в законодавстві Німеччини закріплена особлива юридична сила судових актів Федерального Конституційного Суду Німеччини, прирівняна до сили закону (по справах абстрактного нормоконтролю, конкретного нормоконтролю, з питань, чи є норма міжнародного права складовою частиною федерального права Німеччини, а також у справах за наявності розбіжностей, чи продовжує діяти право в якості федерального). Незважаючи на законодавче закріплення особливої сили судових актів Федерального Конституційного Суду, в науковій літературі Німеччини відсутня єдина думка про те, чи можна відносити досліджувані судові акти до джерел права ФРН.

Встановлено, що дію судових актів Федерального Конституційного Суду в часі можна схарактеризувати як зворотню, негайну і перспективну. У законодавстві ФРН передбачені наступні форми інформування про прийняті судові акти: проголошення, вручення і опублікування. Виконання судових актів Федерального Конституційного Суду характеризується тим, що до коло виконавців завжди входять органи державної влади Федеративної Республіки Німеччина, а в певних випадках всі суб'єкти права, для яких виконання законодавчих актів ФРН є обов'язковим.

США: ЕВОЛЮЦІЯ РАСОВОЇ ІНТЕГРАЦІЇ ШКІЛ ПІСЛЯ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ У СПРАВАХ «БРАУН І» І «БРАУН ІІ»

О. Ригіна

Львівський національний університет імені Івана Франка

З-поміж численних обмежень у правах, з якими стикнулися в минулому афроамериканці в США, був правовий режим расової сегрегації, який санкціонували закони у південних штатах. Правовий режим *расової сегрегації* (*«segregation»* – розділення) передбачав створення для представників «кольорового»

© Ригіна О., 2014

населення закладів дошкільної, шкільної освіти, спеціально виділених місць у транспорті, закладах громадського харчування та інших. Як зазначив американський дослідник Т.Дж. Лові, виділяють «сегрегацію де-юре», яка є прямим наслідком закону або офіційної політики та «сегрегацію де-факто», яка не є санкціонована законом чи політикою, але відображає «модель життя» відповідного суспільства та інші соціальні чинники. На Півдні США мала місце якраз сегрегація «де-юре», зокрема у державних школах (заснованих органами влади штатів), який передбачав те, що діти афроамериканців не мали права навчатися разом з «білими» дітьми в одних школах.

Подолати проблему сегрегації повинна була інтеграція шкіл, яка передбачала спільне навчання дітей, які належали до різних рас. Першим кроком на шляху впровадження расової інтеграції в школах США стало рішення Верховного Суду в справі *«Браун проти Ради з питань освіти м. Топіка»* (далі – *«Браун І»*) від 17 травня 1954 р. У ньому було визнано неконституційною расову сегрегацію у державних школах, оскільки сегрегація позбавляла афроамериканських дітей права на «рівний захист законом», передбачений XIV поправкою. У рішенні зазначалося про те, що: 1) XIV поправка повинна була поширювати дію на питання, які виникали у галузі освіти; 2) право на отримання освіти у державних школах повинно було бути доступним і рівним для усіх; 3) »класифікація» дітей у державних школах лише на підставі приналежності їх до конкретної раси позбавляла дітей з групи (расових) меншин права на отримання освіти; 5) доктрина «роздільного, але рівного» (*«separate but equal»*), обгрунтована в рішенні Верховного Суду США у справі *«Плессі проти Фергюсона»,* не повинна була застосовуватися у сфері народної освіти.

Проте внаслідок проходження процесу інтеграції надто повільно на розгляд Верховного Суду США потрапила справа *«Браун проти Ради освіти м. Топіка» (Браун ІІ),* у рішенні в якій від 31 травня 1955 р. зазначалося про те, що: 1) сегрегації в сфері державної освіти є неконституційною, а отже, це повинно було враховуватися у процесі ухвалення кожного федерального закону, закону штату та місцевого нормативно-правового акта; 2) органи влади штатів і міст повинні були у своїх нормативних актах передбачити заходи стосовно пришвидшення процесу інтеграції шкіл; 3) на адміністрації шкіл була покладена відповідальність за вирішення усіх питань функціонування шкіл; 4) питання про згадану відповідальність адміністрацій шкіл повинні були розглядати місцеві суди; 5) оскільки вбачалася доцільність у можливості врахувати «особливості» місцевих умов, місцеві суди на підставі загальновизнаних принципів «справедливості», «практичної гнучкості у визначенні засобів вирішення спорів», були компетентними розглядати відповідні категорії справ і вживати необхідні заходи стосовно допуску афроамериканських дітей до державних шкіл; 6) при вирішенні таких справ судам рекомендувалося брати до уваги думку заінтересованої громадськості у питанні ліквідації «систематичних і вкорінених» перепон, які перешкоджали інтеграції шкіл; 7) доводити факт «необхідного часу» для інтеграції шкіл повинні були відповідачі у справах; 9) суди мали розглядати справи щодо «фізичного» стану шкіл, забезпечення їх транспортом, кваліфікованими

вчителями, перегляду шкільних округів і перегляду місцевих законів, правил, щоб пришвидшити процес інтеграції.

Згадані рішення Верховного Суду США особливо обурили мешканців південних штатів, 96 представників від яких у Конгресі США 12 березня 1956 р. на 84-й його сесії прийняли *«Південний маніфест»*. У ньому вони стверджували, що: «Батьки-засновники впровадили систему «стримувань і противаг», оскільки розуміли неминучий урок історії стосовно того, що одна людина або група людей можуть отримати необмежену владу. Система «стримувань і противаг» була закріплена для того, щоб захистити державність від небезпеки тимчасово популярних пристрастей або особистих пристрастей чиновників». Конгресмени вважали, що федеральна судова влада обмежила зарезервовані права штатів, оскільки в тексті Конституції та XIV поправці не згадується про освіту. Конгресмени визнали, що ідея про створення спільних шкіл виникла в м. Бостоні, штату Массачусетс, була обґрунтована у рішенні в справі *«Робертс проти Бостона»* (1849 р.) і підтримана в північних штатах, але не на Півдні. Отже, у цьому випадку, на думку конгресменів, створюючи спільні школи, північні штати лише здійснили право вирішувати питання місцевого значення. Конгресмени згадали і про рішення Верховного Суду США у справі *«Плессі проти Фергюсона»* (1896 р.), згідно з яким жодна особа не позбавлялася своїх прав у випадку, якщо штати надавали «окремі, але рівні (рівноцінні) об'єкти», і про рішення у справі *«Райс проти Лум»* (1927 р.), у якому вказувалося, що питання про створення «спільних» шкіл штати повинні були вирішувати самостійно, зважаючи на свої «звички, традиції та спосіб життя людей у них», а Уряд не повинен був позбавляти людей права «керувати своїм життям і виховувати дітей». Конгресмени стверджували, що рішення Верховного Суду у справах *«Браун І»* і *«Браун ІІ»* мали стати причинами «хаосу в державі», негативно впливали на дружні відносини між «білими» та афроамериканцями, викликали ненависть, підозрілість між расами і зруйнували систему державної освіти.

Однак, незважаючи на протест конгресменів, процес расової інтеграції розпочався, оскільки рішення в справах *«Браун І»* та *«Браун ІІ»* стали правовими підставами для поступового впровадження політики «расової рівності». Проте, зважаючи на статистичні дані, політика інтеграції шкіл реалізовувалася досить повільно. Як зазначив американський дослідник Дж.Б. Тіндалл, у 1956 р. в шести південних штатах не було жодної дитини-афроамериканця, котра навчалась би разом з «білими», а в 1957 р. губернатор штату Арканзас Орфей Фобус за допомогою Національної гвардії не допустив дев'ятьох учнів-афроамериканців до Центральної середньої школи м. Литл-Рок. Тільки рішення суду змусило його змінити своє рішення, але більшість мешканців міста («білих» громадян) продовжували протистояли расовій інтеграції. Щоб зупинити протест мешканців, Президент Д.Д. Ейзенхауер скерував у місто тисячу парашутистів, де вони перебували впродовж навчального року. Загалом мешканці п'яти південних штатах (від Південної Кароліни до Луїзіани) протистояли певний час навіть символічній інтеграції, але згодом расова сегрегація була скасована в усіх сферах, а не тільки у сфері освіти.

Еволюція процесу расової інтеграції шкіл після ухвалення фундаментальних рішень у справах *«Браун І»* і *«Браун ІІ»* продовжилася наприкінці 60-х рр. ХХ ст. Зокрема, рішення у справі «*Alexander v. Holmes County Board of Education»* (1969 р.) зобов'язувало адміністрації шкіл вживати подальших заходів щодо пришвидшення інтеграції. Необхідно згадати, що для ліквідації проявів сегрегації шкіл, навіть такої, наявність якої не була пов'язана з незаконними діями чи бездіяльністю директорів шкіл, Верховний Суд прийняв рішення у *справі* «*Swann v. Charlotte-Mecklenberg Board of Education»* (1971 р.), яке передбачало обов'язкове спільне перевезення в одних автобусах афроамериканських і «білих» учнів на Півдні США. У рішенні зазначалося про те, що у випадку, коли «влада школи зазнає поразки (в питанні інтеграції шкіл), їй повинна надати допомогу судова влада». Верховний Суд зазначив, що спільне перевезення автобусом учнів, котрі є представниками різних рас, було «належним інструментом навчальної політики». Щоправда, це рішення допускало «реорганізацію шкільних округів» і «групування шкіл», та фактично обґрунтовувало можливість функціонування «сегрегованих» шкіл.

Про спільне перевезення учнів зазначалося і в рішенні у *справі «Milliken v. Bradley»* 1974 р. Однак відповідний обов'язок покладався лише на адміністрації шкіл тих штатів, які були визнані «винними в умисній серегації де-юре». Зважаючи на це, від цього обов'язку звільнялися найпівнічніші штати та міста, оскільки там сегрегація була «фактичною» внаслідок того, що «білі» проживали в передмістях, а афроамериканці – в межах міста. Наприклад, у Детройті учнями усіх міських шкіл у той час були лише афроамериканські діти. Проте, незважаючи, що органи влади м. Детройт не реорганізували шкільних округів, вони не були звинувачені в «умисній дискримінації», на відміну від м. Бостон.

Зазначимо, що «план десегрегації» для Бостона, пов'язаний зі спільним перевезенням учнів, які належали до різних рас, розробив федеральний суддя Артур Гаріттай. Однак, як зазначив Т.Дж. Лові, цей план досить сильно критикували, навіть і ліберали, котрі визнавали, що всі люди повинні мати рівні права, незалежно від того, до якої раси вони належать. Зокрема, вони зазначали про його недоцільність і про те, що він негативно впливав на відносини обидвох общин, між якими тривалий час існувала взаємна неприязнь. Вони визнавали, що цей план був цілком прийнятний для того, щоб його застосовувати для початкової школи, але для середньої школи він повинен був стати «вибуховою речовиною».

Отже, процес расової інтеграції шкіл у США не завершився у 50-х ХХ ст. після ухвалення Верховним Судом США фундаментальних рішень у справах *«Браун І»* і *«Браун ІІ»*. Він продовжувався у наступні роки, зважаючи на неможливість негайного викорінення расових пересторог мешканців південних штатів з їхньої свідомості унаслідок прийняття цих рішень. Після завершення Другої світової війни в демократичних за формою свого політичного режиму країнах розпочалися тенденції стосовно викорінення із законодавства ідей про неповноцінність одних людей над іншими внаслідок належності їх до певної раси. Цей процес не міг оминути в минулому й рабовласницьких США. Щоправда, історичне минуле США у питаннях взаємовідносин афроамериканців і «білих» гро-

мадян, зокрема у південних штатах, деякий час було вагомим чинником, який перешкоджав процесові інтеграції шкіл, і водночас був перешкодою для здобуття належної освіти дітьми з групи расових меншин.

НОВИЗНА ІСТОРИКО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

В. Семків

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема наукової новизни результатів історико-правових досліджень не є суто технічною проблемою, пов'язаною із захистом дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата чи доктора юридичних наук. Наукова новизна є одним із стандартів науковості досліджень. Вона відрізняє фахові дослідження від численних аматорських, визначає співвідношення нових знань і наявних, відомих знань історико-правової науки. Зрештою наукова новизна є «останнім» аргументом у безплідній дискусії про те, чи є історія загалом, а історія держави і права зокрема, наукою. На жаль, закорінена у побутовій свідомості думка про історію не як науку, а як щось на кшталт гуманітарних дисциплін не тільки залишається актуальною, а й всіляко поширюється та розвивається, що відображають сучасні афоризми: «історія – це один клятий факт слідом за іншим», «історія – це більшою або меншою мірою нісенітниця», «в історії немає іншого закону крім закону калейдоскопу» тощо. Як справедливо зауважує лауреат Пулітцерівської премії Джаред Даймонд: «на жаль уявлення людей про науку часто спираються на образ фізики та кількох інших дисциплін зі схожими методологіями. Представники цих дисциплін здебільшого безграмотно зневажають інші дисципліни, в яких неможна застосувати ці методології і які мусять через це шукати інших методологій, як – от царини моєї дослідницької діяльності – екологія та еволюційна біологія. Однак згадаймо, що англійське слово наука [science] означає «знання» (від латинського scire – «знати» і scientia – «знання»), яке можна здобувати будь-якими методами, найбільш підхожими для конкретної дисципліни». Він же вирізняє чотири риси, які відрізняють історичні науки від неісторичних (фізики, хімії, молекулярної біології): методологію, причиновість, передбачення та складність. На відміну від головного методу неісторичних наук – лабораторного експерименту, представники історичних наук здобувають знання за допомогою інших засобів: спостереження, порівняння і так званого природного (історичного) експерименту. Це обумовлює індивідуальність наукової новизни історико-правового дослідження, інакше кажучи, наукова новизна є результатом діяльності індивідуальної свідомості. Як пояснює Ф.А. Кузін, новизна – це ознака, наявність якої дає автору право на використання поняття «упер-

© Семків В., 2014

ше» для характеристики отриманих ним результатів і проведеного дослідження в цілому. Поняття «уперше» означає факт відсутності в науці подібних результатів до їх публікації. Аналіз авторефератів дисертацій на здобуття наукових ступенів доктора та кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень, засвідчив, що чимало положень наукової новизни є такими лише для їхніх авторів, оскільки для історико-правової науки вони є відомими. Наведемо декілька зразків таких положень: «уперше дано авторську правову оцінку перебуванню та діяльності збройних сил Четверного союзу на території України, а саме на підставі юридичного аналізу встановлено інтервенційний характер впливу союзних військ на внутрішні українські процеси»; «здійснено комплексну реконструкцію формування та діяльності громадських підрозділів самооборони на території західних областей УРСР»; «подано науковий аналіз нормативно-правової бази та масиву архівних документів за темою дослідження, який введено до наукового обсягу». Ці зразки містять складні для розуміння конструкції на кшталт «інтервенційний характер впливу союзних військ», «комплексна реконструкція формування та діяльності» та змістовно не визначають результат дослідження. Характерним для багатьох досліджень є використання термінів, чи слів, які потребують пояснення, або описують не результат дослідження, а процес. Відтак словосполучення «уперше подано науковий аналіз літератури, чи архівних матеріалів» суперечить тому, що уперше можуть формуватися нові наукові положення, визначення, розкриватися зміст понять та явищ, які вони позначають.

Загалом новизна засвідчує те, що із сукупності багатьох суджень з одного і того ж питання, висловлених у науковій літературі, одно було сформульовано раніше інших, а пріоритет належить його автору – конкретному вченому. Пріоритет в пізнанні має смисл лише по відношенню до знань, які є результатом складної мисленнєвої діяльності, а не результатом простого сприйняття, доступного для всіх або більшості суб'єктів (В.М. Сирих).

З огляду на це формальною вимогою до дисертаційного дослідження в Україні є необхідність визначити стан наукового дослідження проблеми, інакше кажучи описати наукові результати, отримані іншими авторами з цього питання. Аналіз стану дослідження в історико-правовій науці має суттєві особливості, що відрізняють її від інших юридичних наукових спеціальностей. Історик права для визначення стану наукової розробки теми як правило, вивчає та аналізує історіографію проблеми, джерела (джерельну базу) дослідження та виробляє його методологію. При цьому історіографію проблеми не можна ототожнювати зі станом дослідження теми, а джерельна база містить як опубліковані, відомі джерела, так і невідомі сучасній науці. Проте некоректно стверджувати, що невідомі сучасній історико-правовій науці джерела є новими.

Зрештою це порушує проблему наукової новизни емпіричних знань. Більшість емпіричних фактів, які складають емпіричну базу дослідження, істориками права отримується завдяки аналізу текстів джерел права, інших письмових джерел. На думку В.М. Сирих за таких умов виникає запитання – кого необхідно вважати автором одиничного факта – особу, яка виклала його в письмовому джерелі, чи вченого, який віднайшов цей факт і описав його у науковій пра-

ці? Відповідь на це запитання залежить від доступності джерела для суб'єктів, які пізнають історію права. У той же час інтерпретація факта, доказування його дійсності, які потребують спеціальних знань чи практичних дій, володіють науковою новизною. Наприклад, видатним науковим досягненням визнаються археологічні дослідження Г. Шлімана, які підтвердили факт існування Трої та Троянської війни. Чимало історичних фактів залишаються непідтвердженими українською історичною та історико-правовою наукою. Яскравим прикладом є Велесова книга, дискусії навколо якої набули ненаукового характеру.

Найбільш результативним для отримання наукової новизни є процес пізнання історико-правових явищ та процесів, а також їх зв'язків. Тому будь який компонент історико-правового знання у формі гіпотези, поняття, наукової закономірності, теорії або методологічного принципу володіє ознаками новизни. Зразками таких положень є : «визначено істотні ознаки наступності як невід'ємної складової процесу розвитку територіальної громади та самоврядування, яка представляє собою зв'язок між етапами розвитку певної територіальної громади і полягає в неперервному, обумовленому існуванням закономірностей підсистем суспільства, збереженні тих чи інших його елементів або відносин між його структурними частинами. Наступність у розвитку територіальної громади дозволяє розглядати її як історичну традицію українського народу в управлінні та самоорганізації», «висвітлено розвиток магдебурзького права в українських містах як вагомий історичний процес, який полягає у трансформуванні міського права як складової приватного права у міське публічне право, а також відображено його як європейський культурний феномен».

Підсумовуючи, ствердимо, що в ідеалі кожен історик права намагається забезпечити новизну результатів своїх досліджень. Проте досягають цього не всі, що пояснюється, насамперед, складним характером закономірностей права і доволі високим рівнем знань про історію. Відтак для правильної оцінки результатів історико-правових досліджень необхідно узагальнене розуміння новизни наукових досліджень і конкретних форм, в яких ця новизна виражається.

СИСТЕМА РЕЧОВИХ ПРАВ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ НАПОЛЕОНА БОНАПАРТА 1804 р.

М. Сирко

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасності інститутом речових прав вважається підсистема цивільно-правових норм, які забезпечують задоволення інтересів особи шляхом безпосереднього впливу на річ, що знаходиться у сфері її панування. До речових прав належать право власності, володіння, сервітут, суперфіцій, емфітевзис та ін.

© Сирко М., 2014

Книга друга цивільного кодексу Франції 1804 р. під назвою «Про майно і різні види власності» визначала правовий режим здійснення речових прав – права власності, володіння, користування, сервітутів та ін. Вона складалася з чотирьох титулів. На відміну від цивільного права дореволюційної Франції, цивільний кодекс 1804 р. поділив майно на рухоме і нерухоме.

Нерухомими вважалися речі зі своєї природи, призначення чи предмету застосування. За природою нерухомістю були землі, водойми, будинки, труби в землі та млини. Врожай на полі та плоди дерев і самі дерева вважалися нерухомістю, доки не було відповідно зжато, зірвано чи зрубано. З того часу вони ставали рухомим майном. До нерухомого майна також зараховувалися рухомі речі, призначені для обслуговування нерухомості: свійські тварини, знаряддя праці, риба у водоймах, солома, гній тощо. За ст. 528 Кодексу Наполеона рухомим майном вважалися усі речі, які з власної чи чужої волі могли змінити місце свого знаходження. Усього виділялося чотири групи речей: 1) власне нерухомість (земля, дім); 2) речі, які належать до нерухомості за призначенням (меблі, худоба тощо); 3) інші рухомі речі; 4) особливо цінні рухомі речі (гроші, коштовності, приватні папери, колекції).

Напередодні французької революції 1789 р. поділ речей на рухомі та нерухомі мав велике значення в так званих провінціях звичаєвого права, адже право власності на нерухоме майно (зокрема, маєток) було тісно пов'язаним із певним аристократичним статусом, феодальним привілеями, а відтак – і владою. Інакше кажучи, шляхетський титул породжував право власності на землю та навпаки – наділення людини маєтком, як правило, супроводжувалося наданням їй шляхетського титулу. Натомість у так званих провінціях писаного (римського) права поділ речей на рухомі та нерухомі мав таке ж значення, як і сьогодні. Відтак, можемо говорити про те, що в інституті речових прав за Кодексом 1804 р. відбулося домінування саме римського права, оскільки набуття права власності на нерухоме майно не породжувало жодних суспільно-правових привілеїв.

Оскільки одним із завдань французької революції було посилення юридичного захисту приватної власності, правовий інститут власності займав у Кодексі Наполеона чільне місце серед усіх речових прав. Ст. 544 цього документу визначила власність як право користуватися та розпоряджатися речами найбільш абсолютним способом. У цьому положенні кодексу законодавець юридично закріпив непорушність і недоторканість права власності. Винятком із цього принципу було вилучення майна з мотивів суспільної необхідності за умови адекватного та попереднього відшкодування. Наявність права власності на річ породжувала також право власності на її плоди та приналежності.

Ще до прийняття Кодексу Наполеона серед французьких законотворців точилися чималі дискусії щодо правового інституту власності, адже революція ліквідувала феодальні відносини, а відтак і феодальну власність. Новий порядок вимагав нових правових норм щодо власності, її набуття, здійснення, припинення та захисту. Ст. 2 Декларації прав людини і громадянина Франції 1789 р. віднесла до природних і непорушних прав людини свободу, власність і опір пригнобленню. Відтак власність у постреволюційній Франції вважалася приро-

дним і непорушним правом людини. 2 липня 1796 р. на засіданні Державної ради відомий адвокат, громадський діяч і співавтор проекту Цивільного кодексу Франції Ф. Тронше (1723–1806 рр.) заявив: «Власність, набута у силу закону, навіть несправедливого є законною власністю». Це викликало певні дискусії, адже влада тогочасної Франції змінювалася часто, а з нею і правові режими, в яких здійснювалося право власності.

Авторську концепцію права власності співавтор Цивільного кодексу 1804 р. Ж. Порталіс (1746–1807 рр.) представив у праці «Користування і зловживання філософським духом протягом 18 ст.». За його переконанням, власність є основним юридичним принципом, і цей принцип є загальною душею будь-якої законотворчості. Він писав: «там, де не було ні діяльності, ні свободи, ні власності, неможливо мати ні життя, ні руху, ні соціальний прогрес, ні суспільства взагалі». Отже, на думку Ж. Порталіса заперечення власності було би запереченням суспільства.

Кодекс Наполеона виділяв три види власності залежно від суб'єктів права: 1) приватна; 2) державна (власність народу); 3) комунальна (власність громади). Речами, які належали певним особам, вони могли розпоряджатися вільно за винятком обмежень, передбачених законодавством. Речі, що належали державі, не могли бути відчуженими їх адміністраторами за винятком обставин, передбачених законом. Дороги, вулиці, річки, міські брами, оборонні споруди, береги, морські рифи, порти та інші частини території Франції, що не могли бути власністю приватною, вважалися власністю народу.

У ст. 522 було передбачено: «Власність на землю включає власність на те, що знаходиться зверху, і на те, що знаходиться знизу». Відтак, це означало, що власник землі ставав повним і абсолютним господарем усіх природних багатств, виявлених на його ділянці. Більше того, за ст. 554 Цивільного кодексу Франції встановлювалася презумпція, що всі будівлі, конструкції, тварини та речі, розташовані на території земельної ділянки певного особи, вважалися його власністю, доки інша особа не довела протилежного.

Коли бурхлива річка відривала від берега частину землі та відносила її до берега іншого власника, попередній власник цієї землі мав право вимагати її повернення чи компенсації, але тільки на протязі одного року. Така вимога могла бути пред'явлена і поза межами наведеного терміну, однак за умови, що новий власник ще не встиг прийняти її у володіння. Якщо річка змінювала своє русло, займаючи для нового русла поля інших власників, вони отримували право на попереднє русло річки пропорційно до своїх попередніх володінь, забраних нею.

Хоча більшість норм інституту права власності перебували в складі другої книги Кодексу Наполеона, проте підстави набуття права власності визначала третя книга цього документу. Так, у ст. 711 виділялися такі підстави набуття права власності: спадкування; дарування через договір або заповіт; зобов'язання. Крім цих основних способів набуття права власності кодекс передбачав також інші: приєднання або введення до свого майна іншої речі, за давністю володіння тощо. Ст. 713 цивільного кодексу 1804 р. встановлювала, що речі, які не мали власника, були власністю французького народу. Цікавими були і

норми кодексу про набуття права власності на скарб, за якими воно набувалося особою, яка знайшла його на своїй землі. Коли ж його знайшла інша людина, скарб ділився наполовину між нею та власником землі.

Третій титул другої книги цивільного кодексу 1804 р. визначав та розмежовував такі речові права як володіння та проживання. Ст. 578 назвала володінням право використання речі, яка перебуває у власності іншої людини, у такий спосіб, як на це має право її власник, однак із збереженням її цілісності. Якщо предметом володіння були речі споживчі (гроші, зерно тощо), то володілець повинен був повернути власнику після закінчення строку володіння ці речі в кількості, якості та вартості, яку він отримав. Коли предметом володіння були речі неспоживчі (знаряддя праці, одяг та ін.), володілець повинен був повернути їх власнику в належному стані. Натомість у випадку їх повернення в незадовільному стані, він ніс цивільну відповідальність тільки якщо зіпсув їх умисно.

Необхідно умовою набуття речових прав володіння чи проживання було укладення договору про забезпечення зобов'язання, документу про стан майна та інвентаря. Особа, що мала право володіння на річ, не могла її здати в найм або передати іншій особі. Особа, що мала право проживання, могла проживати в домі разом із своєю сім'єю навіть у тому випадку, коли на момент набуття цього права вона не булла одружена та не мала дітей. Коли володілець землі чи іншого майна отримував плоди чи прибутки з відповідних речей, саме він був зобов'язаний сплачувати за них податки за період володіння, а не їх власник.

Чимало статей другої книги цивільного кодексу 1804 р. було присвячено сервітутам. Цей документ в ст. 637 визначав сервітут як обтяження майна власника, накладене для можливості використання його майна іншими суб'єктами. Сервітути за цивільним кодексом 1804 р. поділялися на речові й особисті, встановлені законом і передбачені договором. Очевидно, статті Кодексу Наполеона про сервітути значною мірою базувалися на положеннях римського приватного права, яке визначало сервітут як речове право на чужу тілесну річ, за якого ця річ, крім свого власника, служила ще й іншій особі.

Насамперед, сервітути встановлювалися внаслідок природного стану речей. Якщо одна земельна ділянка затоплювалася внаслідок природно стікання на неї вод з іншої земельної ділянки, то її власник не мав права будувати греблю чи іншу штучну перешкоду для природного стікання води. Коли на території земельної ділянки певного власника розміщувалося джерело, яке постачало воду до інших ділянок, він не мав права чинити перешкоди для такого постачання.

Сервітути також встановлювалися для публічних потреб. Межова стіна, паркан чи рів (тобто такі, що розділяли нерухомість різних власників) у випадку потреби їх ремонту повинні були лагодитися спільно цими власниками. Якщо дерево одного сусіда своїми гілками заходило на територію іншого сусіда, він мав право вимагати, щоб власник дерева ці гілки обрізав. Коли особа мала намір викопати яму для відходів, збудувати кузню чи склад біля межової стіни чи паркану, це треба було зробити на такій відстані, яка б забезпечила непорушність інтересів його сусіда. У межовій стіні чи паркані заборонялося одному сусіду без згоди іншого вставляти вікна чи інші отвори. Власник будинку повинен був

вжити заходів, що вода з його даху не спадала на власність його сусіда. Коли земельна власність особи не мала доступу до громадської дороги чи стежки та була оточена власністю інших осіб, тоді такий власник отримував право проходу через землі своїх сусідів.

Сервітути могли встановлюватися за рішенням місцевої влади (міські та сільські) чи за договором між власником речі та її сервітутним користувачем. Вони також виникали у випадку, коли особа здійснювала сервітутне користування чужої річчю без заперечень її власника на протязі тридцяти років. Як правило, договори про сервітут укладалися щодо права проходу до земельної ділянки, прогону худоби через чужу земельну ділянку чи забору води з чужої землі. Власник земельної ділянки, обтяженої сервітутом, не мав права вдаватися до дій, які би обмежували сервітутне використання. Натомість сервітутний користувач не мав заподіювати шкоду речі, на яку поширювалося право сервітуту. При заподіянні такої шкоди він був зобов'язаний її відшкодувати.

Таким чином, Кодекс Наполеона передбачав певну систему речових прав, чільне місце серед яких займало право власності. У законодавчій концепції речових прав цього документу спостерігаємо значний вплив римського права, хоча і з деякими елементами французької національної традиції, які виражалися в нормах, чинних ще у дореволюційний період. Цивільний кодекс 1804 р. не передбачав усіх відомих сьогодні речових прав (у ньому не визначалися режими суперфіція й емфітевзиса), однак відрізняв право володіння від права проживання та широко регулював сервітутні правовідносини. Це дозволяє говорити про те, що на підставі цього документу у французькому праві вперше речові права були оформлені в окремий цивільно-правовий інститут.

«СТАТТІ КОНФЕДЕРАЦІЇ» США (1781 р.) ТА ЇХ МІСЦЕ У РОЗВИТКУ АМЕРИКАНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Б. Тищик

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сполучені Штати Америки як суверенна держава виникли, як відомо, у результаті переможної національно-визвольної боротьби, що тривала вісім років (1775–1783 рр.) проти Англії. Іще в процесі цієї боротьби на території колишніх англійських колоній у Північній Америці (їх було 13) стали формуватися конституційні засади майбутньої єдиної північноамериканської держави – Сполучених Штатів Америки. Початковою основою формування цих засад стали рішення першого Континентального конгресу (вересень-жовтень 1774 р.), а також конституції окремих штатів, якими стали називати себе колишні колонії у ході

© Тищик Б., 2014

визвольної війни з Англією. У конституціях усіх 13 штатів було запроваджено республіканську форму правління. Законодавча влада належала двопалатним (переважно) або однопалатним законодавчим зборам, які обирались населенням; виконавча влада – урядам, що формувались законодавчою владою. Кожен штат мав визначену територію, адміністративний поділ. Крім конституцій, деякі штати виробили і прийняли «Біллі про права», де зафіксовано, вперше на території Америки, демократичні права і свободи громадян, ліквідовано привілеї земельної знаті, родової аристократії, залишки феодалізму.

Однією з найхарактерніших у цьому відношенні була Декларація прав штату Вірджинія, прийнята 12 червня 1776 р. Вона по праву належить до основоположних актів американського конституціоналізму. Саме вона стала прикладом і зразком для створення аналогічних декларацій у інших штатах та загальноамериканської «Декларації незалежності».

Остання була підготовлена за дорученням представницького Конгресу спеціально створеним комітетом (у складі 5 осіб) на чолі з відомим тогочасним громадсько-політичним діячем Т. Джефферсоном. Декларація незалежності була схвалена Конгресом і набула чинності 4 липня 1776 р. Вона стала одним з найважливіших правових актів, які формували засади американського конституціоналізму.

Декларація не лише проголосила народження нової нації і держави, а й філософію свободи людини, її невід'ємних природніх прав, що невдовзі стало рушійною силою у світі в боротьбі соціально і національно поневолених націй і народів за свої права і свободу.

У Декларації незалежності, що ґрунтувалася на демократичних засадах французької і англійської політичної філософії Просвітництва сказано: «Ми вважаємо очевидними такі істини, що усі люди створені рівними; що вони наділені своїм Творцем певними невід'ємними правами, в числі яких – життя, воля і прагнення до щастя; що для забезпечення цих прав серед людей встановлюються уряди, справедлива влада яких випливає із згоди керованих».

Ці положення мали надзвичайно велике історичне значення: вони повністю поривали з попередньою загальноєвропейською теорією божественного походження держави і влади правителя, бо держава виникає на підставі суспільного договору укладеного за спільною згодою рівноправних людей.

З цієї засади випливало ще одне дуже важливе положення, зафіксоване у Декларації: якщо яка-небудь форма правління стає «згубною для цієї мети, тобто добра народу, то народ має право змінити або знищити її» і створити новий уряд, заснувавши його на таких принципах і організовуючи його владу у такій формі, яку він вважатиме за найбільш придатну для здійснення його безпеки і щастя». Отож, у Декларації було зафіксоване важливе право народу на опір насильству, на революцію.

Крім того, уперше в політичній історії людства державний документ проголосив принцип народного суверенітету, тобто верховенства народу у розв'язанні основних проблем внутрішнього і зовнішнього життя.

Нарешті, у Декларації зазначалось: «... закликаючи найвищого суддю світу у свідки правоти наших намірів, іменем і владою доброго народу наших ко-

лоній оголошуємо: що наші сполучені колонії є і у по праву повинні бути вільними і незалежними штатами, що вони звільнені від всякого підданства британській короні». Проголошено утворення нової, незалежної держави – Сполучених Штатів Америки.

Закріплені у Декларації незалежності засади конституціоналізму належало, однак, розвинути і конкретизувати в іншому державному акті.

Таким актом стали, власне, «Статті конфедерації». Необхідність підготовки і видання такого акту після прийняття Декларації незалежності ставала все очевиднішою: тривала війна з Англією, не було центральної виконавчої влади – уряду, галузевих міністрів, судової влади, штати мали власні конституції, збройні сили, закони, територію, їхні інтереси не завжди збігалися, інколи навіть доходило до конфронтацій між ними.

Отож, вже в середині 1775 р. один з керівників визвольної боротьби Б. Франклін запропонував Конгресові проект «Статей конфедерації і вічного союзу», який, однак, більшість делегатів, які належали до консервативного крила і були противниками незалежності, відхилила. У січні 1776 р. було зроблено ще одну спробу поставити на обговорення Конгресу дещо перероблений проект «Статей», але теж й вона не увінчалась успіхом.

Ситуація змінилася лише тоді, коли у війні американці стали здобувати перемоги, у Конгресі більшість отримали радикально налаштовані депутати і була прийнята Декларація незалежності.

Отож, було утворено комісію із представників усіх 13 штатів, яка, взявши за основу проект Франкліна, виробила і у жовтні 1777 р. запропонувала Конгресові на затвердження новий текст «Статей конфедерації і вічного союзу» між 13 штатами. Обговорення цього акту у Конгресі проходило бурхливо.

Дебати, які тривали більше року завершились у листопаді 1777 р. схваленням «Статей конфедерації». Саме їх деякі американські і європейські дослідники вважають першою конституцією США, основним законом, в якому підсумовані і втілені у реальність основні засади американського конституціоналізму на початковому етапі його розвитку. Проте схвалення Конгресом цього правового акту ще не означало його застосування на практиці: для цього його повинні були ратифікувати усі штати. Ця процедура відбувалася важко, довго, затягнувшись на три з половиною роки. В кінці-кінців «Статті конфедерації» були ратифіковані усіма штатами. Останнім це зробив на початку 1781 р. штат Меріленд.

«Статті конфедерації і вічного союзу» налічують 13 статей. Вони юридично оформили й закріпили, як записано у преамбулі, створення «вічного союзу та конфедерації між 13 штатами. Ця конфедерація мала назву «Сполучені Штати Америки» (ст. 1).

У ст. 2 закріплено суверенітет штатів у здійсненні державної влади: «кожен штат зберігає своє верховенство, свою свободу і незалежність, як також всю свою владу, всю юрисдикцію і всі права, які не надані конфедерації ...».

Метою створення конфедерації, до якої кожен штат приєднався для створення «міцного дружнього союзу з іншими штатами», був «спільний захист та забезпечення своїх вольностей, взаємна і спільна користь, обов'язок допомагати один одному проти всіляких насильств чи будь-яких нападів ...». Мешканці кож-

ного штату («за винятком жебраків, волоцюг і осіб, що втекли від виконання судового вироку») могли користуватися «всіма привілеями і пільгами вільних громадян в усіх штатах». Усім громадянам дозволено вільно пересуватись і проживати на території будь-якого штату, користуватись нарівні з місцевими мешканцями «промисловими і торговельними привілеями і повинні нарівні з ними підпорядковуватись сплаті податків і мит». Злочинців, які втекли від правосуддя і яких виявлено у іншому штаті належало видати владі штату, що їх розшукував.

У кожному з штатів, належало «виявляти повне довір'я до постанов і розпоряджень судів і урядовців кожного іншого штату» (ст. 4).

Кілька наступних статей формулювали конституційні засади організації і компетенції органів державної влади і управління конфедерації.

Отож, «для більш зручного управління загальними справами та інтересами» щорічно належало обирати кожному штатові делегатів у загальнодержавний законодавчий орган – Конгрес (ст. 5). Він був однопалатним. Делегація кожного штату могла налічувати від 2 до 7 осіб, але при голосуванні мала один голос. Делегатам гарантовано свободу висловлювань у Конгресі, вони під час роботи Конгресу, доїзду і від'їзду з сесії користувались недоторканністю (крім деяких вчинених ними тяжких правопорушень, наприклад, державної зради).

У ст. 6 зафіксовано, що без згоди Конгресу жоден штат не мав права вступати у переговори з іноземними державами, скеровувати до них і приймати посольства, укладати угоди. Ні Конгрес, ні штати не могли надавати жодних дворянських титулів, привілеїв. Штати мали право мати свої збройні сили та флот, але не могли починати війни без згоди Конгресу, крім випадків, коли якийсь ворог на них нападе. Їм належало також «мати добре організовану і дисциплінована міліцію» (ст. 6).

Конгресу належали усі основні зовнішньополітичні функції (оголошення війни, укладення миру, встановлення дипломатичних стосунків і ін.), а у внутрішній сфері – вирішення спорів між штатами, карбування монети, встановлення мір і ваг, налагодження поштового зв'язку, створення армії і флоту та ін.

У період між сесіями Конгресу діяв його виконавчий і вищий управлінський орган – Комітет штатів. До його складу кожен штат обирав одного делегата (ст. 9). Посади глави держави – президента – ще тоді не існувало. Для прийняття законів та інших нормативних актів і рішень як у Конгресі, так і Комітеті потрібна була згода щонайменше дев'яти штатів (ст. 9).

Хоч у той час ще не було утворено єдиної держави, а лише конфедеративний союз 13 штатів, однак навіть створення конфедерації стало вагомим кроком у становленні молодої американської державності. У її межах були закладені економічні, політичні, соціальні, зрештою психологічні засади цієї державності. Прийняття таких важливих правових актів, як Декларація незалежності і Статті конфедерації, де були проголошені права і свободи людей, у тому числі право на опір насильству, на створення демократичних властей, де закріплено основні засади конституціоналізму, які не втратили актуальності й до сьогодення, причому не тільки для США, а й для інших країн – все це мало і має надзвичайно велике історичне значення.

ПРАВОВІ ЗАСОБИ У ДІЯЛЬНОСТІ РИМСЬКИХ ПРЕТОРІВ

Г. Федущак-Паславська

Львівський національний університет імені Івана Франка

У давньому Римі докласичного періоду одним із найважливіших джерел права стають едикти преторів. Можна говорити про правові та політичні передумови такого становища. По-перше, у зазначений період відчутною стала відсутність стабільного законодавства, видань джерел права, їх кодифікацій. Адже, від прийняття Закону XII Таблиць (450 р.до н.е.), протягом докласичного і навіть класичного періодів жодної кодифікації у Римі проведено не було. По-друге, розвиток господарського обороту, зокрема включення в нього народів завойованих Римом територій, вимагав нових мобільних, досконаліших засобів регулювання відносин, які в результаті цього і виникали. Забезпеченням реалізації цих нових проблем, які були пов'язані з розвитком держави, її експансіоністською політикою, зростанням виробництва і торгівлі й займалися претори та інші магістрати.

Спираючись на свою владу (imperium) магістрати (до яких належали і претори),мали право видавати зобов'язуючі накази і заборони (iusedicendi), а також встановлювати справедливість (iurisdictio). Спираючись на iusedicendi, претори та інші магістрати реалізовували свій основний обов'язок, який полягав у тому аби слідкувати за порядком на ввіреній їм території.

Претори, в межах реалізації своєї юрисдикції,пристосувавали норми суворого заформалізованого iuscivile до потреб регулювання нових суспільно-економічних відносин. Це здійснювалося, перш за все, при практичному вирішенні окремих випадків і оформлялося декретом чи інтердиктом. Надаючи захист певним конкретним відносинам у декреті чи в інтердикті, згодом, претор зафіксовував це і в едикті. Таким чином, конкретні спірні справи ставали матеріалом для узагальнення і типізації їх у преторському едикті.

Поступово едикти та декрети, які видавали претори, стали важливим джерелом права у давньому Римі.

Як відомо, вступаючи на посаду, претор проголошував едикт,у якому фіксував як використовуватиме свою владу для забезпечення охорони прав осіб. В едикті претор викладав, зокрема, правила судочинства, які були діючими протягом року, коли він перебуватиме на посаді. Не маючи повноважень скасувати чи видати закон, претор, проте, видавши едикт, і передбачивши у ньому відповідну формулу позову, міг позбавити норму iuscivile сили чи навпаки, надати їй практичного значення, тобто, фактично він творив право. Адже відомо, що у правовій системі давнього Риму наявність позову означала наявність матеріального права і навпаки, його відсутність означала відсутність матеріального права.

Відтак, характерною рисою преторського едикту було співвідношення в ньому матеріального і процесуального права: в едикті претор проголошував тільки процесуальні засоби, в першу чергу, позовні формули (але також ексер-

© Федущак-Паславська Г., 2014

tiones, stipulationes praetoriae, restitutio in integrumта ін.), тим самим непрямо вказуючи які матеріально-правові вимоги він визнаватиме. Таким чином, обіцяючи давати нові позови, претор фактично, творив нове матеріальне право. Саме таким чином преторське право узгоджувало правову систему давнього Риму зі суспільно – економічним розвитком суспільства.

Після припинення повноважень претора і правила втрачали силу. Але, якщо вони були життєздатними, то новий претор міг покласти їх в основу своєї програми. Хоч кожен новий претор не був пов'язаний едиктом попередника, але практикою було встановлено запозичення актуальних розпоряджень попередника. Тому, з часом преторський едикт формувався з двох частин: постійної, яка переходила з одного едикту в наступний, та нової, де претор вміщував власні положення, поява яких була зумовлена сучасним йому станом розвитку суспільних відносин, вона була продуктом творчості кожного нового претора. Найактивніше серед інших магістратів нове право творили міський претор та претор для перегринів. Завдяки їх діяльності з'явилися, зокрема, приписи про преторські засоби захисту порушених прав, виникає формулярний процес тощо.

При здійсненні судочинства претор, не відміняючи старих норм, надавав захист окремим життєвим випадкам (казусам), підтримуючи нові суспільні відносини, за допомогою аналогії та фікції.

У Римі застосовувалася аналогія закону, тобто розповсюдження подібної норми на аналогічний життєвий випадок. Справа вирішувалася на основі правової норми, яка регулює найбільш подібні суспільні відносини. Можна стверджувати, що і аналогія права була знайома римлянам, адже спори претор повинен був вирішувати, маючи на меті суспільну користь, та вимоги iusnaturale і aequitas, тобто, принципи права, визнані правовою системою.

Існуючі в законодавстві прогалини, які не давали змоги розв'язати конкретний життєвий випадок, римські претори заповнювали за допомогою фікції, тобто, припущення про неіснуючу чи неприйняття до уваги існуючої обставини в рамках певних юридичних категорій.

У результаті діяльності преторів, поруч із споконвічним римським цивільним правом – iuscivile, склалися нові системи норм iusgentium(право народів) та iuspraetorium (преторське право).Таким способом у правову систему Римської держави приписами преторського права були впроваджені норми права завойованих Римом народів. Завдяки діяльності преторів, яким надавали поради римські юристи, у систему права були введені нові інститути, які стали частиною iuscivile.

У результаті діяльності претора для перегринів виникло iusgentium. Як і міський претор, претор для перегринів видавав декрети, інтердикти та едикти, здійснював ті ж повноваження, але на відміну від міського претора, не був обмежений iuscivile. Iusgentium було новим правом порівняно із iuscivile, не таким заформалізованим, дуже динамічнішим і позбавленим консерватизму. Разом з тим, iusgentium було неоднорідним за своїм складом, оскільки включало як норми iuscivile, так і норми, запозичені з права інших народів, що довели свою життєздатність при регулюванні суспільних відносин.

Завдяки притаманній iusgentium, а пізніше, iuspraetorium, прогресивності, формально віджилі інститути права залишались недоторканими, проте змінювалася їх суть або ж вони просто не застосовувалися на практиці.

Iuspraetorium, яке склалося в результаті практичної діяльності преторів і покликане було врегульовувати майнові відносини між римськими громадянами та між ними і перегринами набуло поширення у класичний і постклассичний періоди. Це була найпрогресивніша система права, позбавлена формалізму, вона відзначалася лаконічністю, чіткістю правових приписів.Iuspraetorium мало субсидіарне значення і застосовувалося лише в разі нездатності врегулювати відповідні відносини нормами iuscivile чи iusgentium. Разом з тим, саме тому, що преторське право виникло і розвивалося на основі цивільного права і права народів, воно змогло більш повно відобразити соціально-економічні зміни в римському суспільстві.

Таким чином, претор, базуючись на imperium, і за посередництвом едикту, міг поширити дію приватного права на нові відносини, які не були врегульовані нормами системи iuscivile. Разом з тим, він міг відмовити у захисті в ситуації, яка не відповідала засадам справедливості чи доцільності. Виходячи із принципів природного розуму, вникаючи у суть факту, претор, разом з тим, не міг порушувати звичаїв предків, тобто діяв в тому ж правовому полі, що і iuscivile.

Діяльність преторів у напрямку правотворення була припинена з виданням Edictum perpetuum Hadriani (130 р. н. е.).

Правотворча діяльність преторів пройшла кілька етапів. Спочатку претор допомагав здійсненню цивільного права, підкріплюючи позовами суспільні відносини, врегульовані цивільним правом. З часом, використовуючи відповідні правові засоби з метою врегулювання нових суспільних відносин, він заповнював прогалини цивільного права. Ще пізніше преторський едикт вже включав пункти, спрямовані на зміну і виправлення цивільного права.

ЕДМУНД РЕНДОЛЬФ (1753–1813 рр.) – ПЕРШИЙ ГЕНЕРАЛЬНИЙ ПРОКУРОР США

Н. Холодницький

Львівський національний університет імені Івана Франка

Постать Едмунда Рендольфа (1753–1813 рр.) є знаковою для юриспруденції США періоду становлення її державності, проте залишається маловідомою в українській правничій історіографії. Е. Рендольф був відомим правознавцем і впливовим політичним діячем кінця XVIII ст. у США. Особливо важливе значення його діяльність мала в процесі становлення правового інституту генера-

© Холодницький Н., 2014

льної прокуратури США, адже він був першим генеральним прокурором новоутвореної держави, займаючи цю посаду впродовж 1789–1793 рр.

Батько Е. Рендольфа був переконаним англійським роялістом, тривалий час очолював колонію Вірджинії, а також був повіреним короля. Ще до проголошення незалежності США він повернувся в Англію. Його син Едмунд, який зростав і навчався у Північній Америці, закінчив коледж Вільяма і Мері, поступово відходив від політичних переконань свого батька. Особливу роль у становленні громадянської позиції Е. Рендольфа відіграв його дядько Пейтон Рендольф (згодом – голова першого Континентального конгресу).

У серпні 1775 року Е. Рендольф вступив добровольцем у армію Джорджа Вашингтона. Після смерті П. Рендольфа наприкінці того ж року його племінник повернувся у Вірджинію, де взяв участь у розробці декларації про незалежність Вірджинії 1776 року і був мером міста Вільямсбург. У 1776 р. він одружився з Елізабет Ніколас – донькою авторитетного політика Вірджинії Р. Ніколаса. Після проголошення незалежності США Е. Рендольф став першим демократично обраним генеральним прокурором штату Вірджинія (до цього часу генеральних прокурорів колоній призначав англійський король), чиї функції він виконував до 1778 р.

Становлення у 1776 р. державної незалежності Сполучених Штатів Америки не мало наслідком радикальних змін в організації прокуратури на цих землях, а засновані англійською владою посади генеральних прокурорів, генеральних соліситорів і місцевих прокурорів були збережені у штатах. Щоправда, влада нової держави усунула із цих посад колишніх представників англійського короля. Назрівало питання про створення загальнодержавного орану прокуратури на чолі з генеральним прокурором США. На засіданні континентального конгресу кінця 70-х років XVIII ст. прозвучала пропозиція призначити генерального прокурора, який би мав метою «виступати обвинувачем від імені Сполучених Штатів і давати консультації з усіх питань, які пов'язані з його діяльністю». Також планувалося надати йому повноваження призначати свого заступника, який би виступав від його імені у судових справах, де участь генерального прокурора не була обов'язковою. Проте ця пропозиція не отримала необхідної підтримки.

Поки тривали дискусії щодо можливості створення інституту генеральної прокуратури США, Е. Рендольф у 1781 р. став делегатом Континентального конгресу. Спільно з Джеймсом Медісоном вони працювали над розвитком інтеграційних процесів у державі, зміцненням її територіальної цілісності. Водночас Е. Рендольф став одним з провідних адвокатів Вірджинії, що відрізнявся своєю вченістю і ораторською майстерністю. Він був обраний губернатором штату Вірджинія в 1786 році.

У 1787 р. штат Вірджинія делегував Е. Рендольфа у Федеральний конституційний конвент. Хоча його діяльність у цьому органі не була настільки ж активною, як Дж. Вашингтона, Т. Джеферсона або Дж. Медісона, він проявив себе як законотворень і конституціоналіст. Як згадували його колеги, Е. Рендольф «був доброю людиною, мав гармонійний голос та аристократичні манери, а також загострене почуття остраху щодо тиранії». Під час засідань Конституційного конвенту він послідовно відстоював інтереси Вірджинії. Оче-

видно, відданість цьому штату завадила йому проголосувати за прийняття Конституції США у тій редакції, в якій вона була прийнята. Натомість згодом Е. Рендольф визнав, що це було його помилкою, тому доклав усіх зусиль для ратифікації Конституції у Вірджинії.

24 вересня 1789 р. відбулося перше засідання Конгресу США, утвореного конституцією держави 1787 р., який прийняв закон про судоустрій («Judiciary act»). У цьому документі серед інших питань було передбачено утворення посади генерального прокурора США. Зокрема це відбулось на підставі останнього речення останньої статті 35 згаданого закону, яка передбачала: «І буде також призначатися людина-фахівець у сфері права в якості генерального прокурора для Сполучених Штатів, який повинен скласти присягу про сумлінне виконання своїх повноважень; його обов'язком буде розслідувати і вести всі справи у Верховному суду, в яких Сполучені Штати будуть зацікавленими, надавати поради і висловлювати думки з питань права, коли цього вимагає президент Сполучених Штатів, або за запитом керівників будь-якого з департаментів».

Серед усіх посад, запроваджених законом про судоустрій 1789 р., посада генерального прокурора належала до найменш регламентованих, адже цей закон лише передбачав її утворення та основні завдання без чіткого визначення усіх аспектів організації. Більше того, згаданий документ навіть не визначив порядку його призначення. У розд. 2 ст. 2 Конституції США зазначено, що президент призначає «за порадою і згодою» сенату послів, інших офіційних представників і консулів, суддів Верховного суду та всіх інших посадових осіб Сполучених Штатів. Саме ця норма вважається такою, що регламентує порядок призначення Генерального прокурора США, адже наведена процедура стосовно голови аторнейської служби дотримується більш ніж двісті років.

Першим генеральним прокурором США став саме Е. Рендольф, який на той час уже здобув великий авторитет як правознавець, політик і громадський діяч. Він отримав визнання серед вищих політичних кіл держави і самого президента Дж. Вашингтона, який призначив його на цю посаду за згодою сенату. Цікаво, саме за порадою першого генерального прокурора США Е. Рендольфа Дж. Вашингтон став ініціатором реформи федеральних судів, яка відбулася у 1793 р. За дорученням Дж. Вашингтона генеральний прокурор Е. Рендольф виступив мировим посередником під час конфлікту між А. Гамільтоном і Т. Джефферсоном, що спричинив політичну кризу в США.

Як зазначалося, правовий статус генерального прокурора США у перші роки після запровадження цієї посади цілковито не відповідав його важливій ролі у забезпеченні принципу верховенства права, що проявлялося як у його процесуальних правах, так і в матеріальному забезпеченні. У 1790 р. Е. Рендольф виступив із критикою цієї ситуації в державному апараті, назвавши себе «бідним родичем, що метушиться між президентом і урядом, має невизначені повноваження у відносинах із урядом, а також з усіх сил намагається заробити собі на життя». Попри відчайдушність цієї заяви видатного американського правознавця, вона доволі об'єктивно відображала політичне, правове та соціальне становище тогочасного генерального прокурора США.

Справді, роль генерального прокурора в розробці та реалізації правової політики США була значною, проте він не вважався членом уряду та не мав власного міністерства чи навіть достатнього адміністративного апарату. Заробітна плата перших генеральних прокурорів США була як для висококваліфікованих фахівців у галузі права настільки невідповідною, що вони для забезпечення своїх матеріальних потреб були змушені паралельно із виконанням державних завдань займатися приватною юридичною практикою. Так, у 1789 р. заробітна плата генерального прокурора США становила півтори тисячі доларів у рік, однак станом на 1799 р. вона зросла вдвічі.

Такий недбалий підхід до організації прокуратури загалом і формування інституту генерального прокурора США у XVIII ст., на думку американського правознавця Г. Баррета, був зумовлений незрілістю адміністративного апарату молодої держави, браком досвіду в організації органів федерального рівня, а також тим, що прокурор вважався на той час лише малозначимим елементом судової системи, а не тим авторитетним державним діячем виконавчої влади, яким є в сьогоденні. Крім обвинувальних повноважень, основним завданням генерального прокурора США стало юридичне консультування президента держави та департаментів її уряду. Це стало початком і основною передумовою поступового переміщення генерального прокурора США, а з ним і всієї прокуратури, із судової гілки влади у виконавчу.

Саме у виконавчій гілці влади США продовжив свою професійну кар'єру Е. Рендольф, ставши у 1794 р. державним секретарем. Перебуваючи на цій посаді, він намагався стабілізувати зовнішні відносини з Англією та розвинути політичне партнерство із постреволюційною Францією, за що Т. Джеферсон назвав його «ідеальним хамелеоном». Його зовнішньополітична стратегія стала незрозумілою і для Т. Перкінга, який звинувач Е. Рендольфа у тому, що він є французьким агентом. Ця заява викликала справжній гнів у президента Дж. Вашингтона та велике розчарування Е. Рендольфа, який написав заяву про відставку з посади державного секретаря, публічно пояснивши її причини.

Після відставки Е. Рендольф на початку XIX ст. повернувся до адвокатської практики. У 1807 р. він блискуче захищав А. Барра у резонансній кримінальній справі про державну зраду. Також Е. Рендольф завершив роботу над цінною науковою працею про історію американської революції у Вірджинії, яка значною мірою ґрунтувалася на його власних спогадах. На жаль, стан здоров'я Е. Рендольфа не дозволив йому продовжити віддану працю народові Сполучених Штатів Америки, і 12 вересня 1813 р. він помер.

Таким чином, життєвий і професійний шлях Е. Рендольфа був складним, проте завдяки своїм фаховій підготовці та моральним принципам він зумів здійснити значний вклад у розвиток державності, демократії і юриспруденції США. Однією з найбільших заслуг Е. Рендольфа заслужено вважають роботу над становленням федеральної системи прокуратури, яку він очолював як перший в історії США генеральний прокурор держави. Досягнення цієї видатної людини високо цінуються в американському суспільстві та є прикладом для політиків і правознавців інших держав.

КОНЦЕПЦІЇ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ТА КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Р. Шандра

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове регулювання охорони літературних, художніх та інших творів в англо-американській та романо-германській правових системах має низку суттєвих відмінностей. Наявність таких відмінностей зумовлена різними чинниками, у тому числі конкретно-історичними умовами виникнення та розвитку англо-американської та континентальної концепцій правової охорони творів. Дослідження цієї проблеми раніше здійснювали М. Баймуратов, Р. Еннан, В. Потєхіна, М. Стреля, І. Шишко та ін.

Зародження англо-американської моделі правової охорони пов'язують з виданням у середньовічній Англії законів про цензуру. Перший такий закон був виданий у 1557 р. та отримав в історико-правових джерелах назву Статуту королеви Мері (за іменем королеви Марії Тюдор). Згідно з цим статутом, гільдії книговидавців, до складу якої входили провідні книговидавці Лондона, було надано монопольне право на видання книг. Основною метою видання цього закону був контроль за публікацією творів, які закликали до бунту проти королівської влади або посягали на авторитет церкви. Книговидавців було наділено виключним та безстроковим правом на видання творів, які отримали схвалення державної та церковної цензури. Право на здійснення такої цензури отримала так звана Зоряна палата (створена королем Генріхом VII у 1487 р.)

Цей закон, однак, зовсім не передбачав механізмів захисту прав авторів та гарантій виплати їм винагороди. Право на видання книг належало лише тим книговидавцям, які входили до гільдії. Гільдія була уповноважена конфісковувати несанкціоновані примірники творів – таким чином створилася монополія на друк та розповсюдження творів. Автори за таких умов виконували виключно функцію їхнього написання. Отримуючи від автора дозвіл на твір, книговидавець одержував ексклюзивне авторське право на нього та сплачував автору символічний гонорар.

У 1641 р. актом Довгого парламенту Зоряну палату було ліквідовано. Як наслідок, перестало здійснюватись ліцензування книговидання. Відбулись також зміни у гільдії книговидавців. Багато видавців відокремились і стали незалежними від неї. Гільдія втратила своє монопольне становище і це викликало потребу в новому законодавчому вирішенню проблеми охорони авторських прав.

У 1710 р. набрав чинності новий законодавчий акт – Статут королеви Анни. Статут надавав автору книжки виключне право на її опублікування протягом 14 років від дати першої публікації. Це право автор зазвичай передавав продавцю книжок. По закінченні першого строку тривалістю 14 років автор мав право продовжити його ще на 14 років. Загалом, охорона авторського права могла тривати 28 років

© Шандра Р., 2014

від дати першої публікації. Якщо книгу на момент прийняття закону вже було надруковано, передбачався єдиний строк охорони тривалістю 21 рік.

Статут також наголошував на охороні від несанкціонованого копіювання опублікованих творів, а практичну вигоду одержали, перш за все, видавці та продавці книжок. Опубліковані книжки потрібно було зареєструвати в Центрі книговидавців, а дев'ять примірників необхідно було задепонувати для використання в публічних бібліотеках. Після завершення строку правової охорони твір ставав суспільним надбанням.

Статут королеви Анни діяв в Англії до прийняття у 1911 р. Закону про авторське право. Він заклав основні ідеї правової охорони авторського права у англо-американській правовій системі, які знайшли відображення і у пізніших законодавчих актах Англії та Сполучених Штатів Америки. Англо-американська концепція розглядає авторське право як право автора чи видавця на захист від несанкціонованого копіювання твору (*copyright*); охороняє не лише твори, але й об'єкти, що не є результатом творчої діяльності (фонограми, телепередачі, зовнішнє типографське оформлення видань, телефонні довідники тощо); передбачає надання первинного права не лише автору, а також іншим особам, які не є творцями (наприклад, видавництву). Для надання твору правової охорони він повинен бути опублікований з дотриманням усіх формальностей (зафіксований на матеріальному носії або у будь-якому іншому вигляді, зареєстрований у Центрі книговидавців, на його примірниках повинен бути вказаний знак правової охорони тощо). Авторське право здебільшого розглядалось як майнове право на використання твору, яке можна продати чи відчужити іншим способом. Права на використання твору чітко перераховуються в законодавстві. Що стосується особистих немайнових прав, то вони охороняються в межах прецедентного права (*common law*).

Інакше сформувалась модель правової охорони творів у континентальному праві. Формування цієї моделі розпочалось у Франції. 14 липня 1789 році розпочалась революція, внаслідок якої скасовано усі привілеї (у тому числі і ті що стосувались книговидання). Установчі збори Франції у 1791 р. прийняли проект конституції, яку 3 вересня 1791 р. затвердив король. У конституції гарантувалось свободу усно чи письмово виражати свої думки, свободу друку, заборону цензури. Законодавчим органом стали Національні збори, які прийняли два законодавчі акти щодо охорони авторських прав:

– декрет від 13 та 19 січня 1791 р. «Про право на постановку і виконання драматичних та музичних творів», який забезпечував право автора на публічне виконання протягом усього його життя, а також протягом 5 років після його смерті на користь його спадкоємців й осіб, яким передане це право;

– декрет від 19 та 24 липня 1793 р. «Про право власності авторів на літературні твори, композиторів, живописців та рисувальників», відповідно до якого авторові надавалося виключне право на відтворення його творів протягом його життя, а також протягом 10 років після його смерті на користь його спадкоємців і правонаступників.

Конституція 1791 р. та ці два декрети започаткували систему правової охорони авторського права у Франції та закріпили права автора, які він міг ви-

користовувати протягом усього життя, незалежно ані від опублікування, ані від додержання будь-яких інших формальностей (реєстрації, розміщення на примірниках знаків правової охорони тощо). Авторське право (*droit d`auteur*) розглядалось не лише як майнове, але й як природне право.

Ця теорія отримала значне поширення у багатьох державах континентальної Європи, зокрема й у Німеччині. Так, І. Кант вважав, що видавець виступає від імені автора та здійснює своєрідне управління його правами. Представники цієї філософської течії (Е. Лабуле, Ф. Ланге, К. Гербер, І. Фіхте та ін.) розглядали майнову та іншу творчу діяльність автора як продовження або відображення його особистості, на охорону якої він мав право в силу природної справедливості. Суб'єктивні авторські права розглядались в двох аспектах – як майнові та як моральні (особисті немайнові).

Так виникла романо-германська концепція правової охорони авторського права. Згідно з цією концепцією, об'єктивне авторське право: здійснює правову охорону лише творів; надає початкове (первинне) право лише творцю (тобто – автору), за винятками визначеними у законі; визнає автором лише фізичну особу, яка створила твір. Фіксація твору та дотримання інших формальностей не є обов'язковою умовою, від якої залежить охорона твору; особисті немайнові права визначаються законом; автор володіє виключними майновими правами на використання твору, вичерпного переліку яких не існує.

У 1886 році прийнято Бернську конвенцію про охорону літературних та художніх творів, яка заклала передумови для уніфікації авторського законодавства у світі. Однак відмінності між англо-американською та континентальною моделями охорони прав автора продовжують зберігатися. Подальше наукове дослідження історико-правового досвіду застосування цих моделей та порівняльно-правовий аналіз існуючої практики, врахування позитивних та негативних аспектів цих моделей надасть можливість виробити найбільш оптимальні заходи охорони та захисту авторського права в Україні.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ТЯЖКІ ЗЛОЧИНИ ЗА АВСТРІЙСЬКИМ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XIX ст.

М. Шуп'яна

Львівський національний університет імені Івана Франка

В австрійському кримінальному праві другої половини XIX ст. усі заходи, які застосовувались до особи, яка вчинила кримінально-каране діяння, поділялися за порядком призначення на ***основні покарання, додаткові покарання*** **та** ***правові наслідки притягнення до кримінальної відповідальності***.

© Шуп'яна М., 2014

З аналізу австрійського кримінального законодавства другої половини XIX ст. вбачається, що *основне покарання* – це покарання, яке згідно з приписами кримінального кодексу могло застосовуватись «автономно». Суд не мав права без нього призначити засудженому жодного додаткового покарання. Також без призначення основного покарання не застосовувались наслідки притягнення до кримінальної відповідальності.

Тогочасне австрійське кримінальне право під *додатковими покараннями* мало на увазі покарання, яке могло бути призначене засудженому за рішенням суду тільки у поєднанні з основним покаранням, у певних визначених кримінальним законодавством випадках. Наприклад таке додаткове покарання, як конфіскація предметів, що стали засобом вчинення злочину чи проступку, або були створені в процесі їх вчинення у відповідності з положеннями § 327 кримінального кодексу призначалось судом засудженій особі разом із арештом, який був основним покаранням.

Під *правовими наслідками притягнення до кримінальної відповідальності* розуміли – обмеження прав особи, яке застосовувалось до неї після засудження її до відбуття основного покарання за вчинення кримінально-караного діяння (§§ 26, 27 кримінального кодексу 1852 р.). На відміну від додаткового покарання, яке застосовувалось до особи тільки за рішенням суду, обмеження прав засудженого було «автоматичним» наслідком застосування до особи основного покарання і не вимагало рішення суду. Виняток з цього правила становило тільки позбавлення шляхетного стану, як наслідок засудження особи до смертної кари чи тяжкого ув'язнення, застосування якого потребувало рішення суду.

Правові наслідки притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення тяжкого злочину. Це питання було врегульоване нормами кримінального кодексу від 1852 р. (далі К.К) та закону про правові наслідки засудження особи за вчинення кримінально караного діяння та скасування використання кайданів від 15 листопада 1867 р.

Австрійський кримінальний кодекс 1852 р. передбачав, що засудження особи за вчинення тяжкого злочину мало такі наслідки:

1. *Позбавлення засудженої особи назавжди певних, передбачених в § 26 кодексу, прав, якими вона володіла до набрання обвинувальним вироком суду законної сили, зокрема:* 1) позбавлення всіх національних та іноземних орденів, військових та цивільних почесних відзнак; 2) позбавлення усіх державних звань та вчених ступенів; 3) відсторонення від посади відповідального редактора періодичних видань; 4) позбавлення права займати чиновницьку посаду, включаючи посаду вчителя; 5) відсторонення духовних осіб від служби; 6) позбавлення права займатися адвокатською діяльність, працювати нотаріусом чи суддею, а також представляти інтереси інших осіб перед органами державної влади; 7) позбавлення права на отримання встановлених законом пенсійних виплат, провізій, допомоги на виховання та інших виплат.

Окрім вищезгаданих наслідків, засуджена особа зазнавала також і тих обмежень прав, які були передбачені положеннями чинного у цей час австрійського цивільного законодавства, а також політичними та церковними приписами.

Наприклад така особа позбавлялась права обирати і бути обраною до палати депутатів австрійського парламенту(§ 20 виборчого закону від 2 квітня 1873 р.), до торгово-промислової палати (§ 7 закону про створення та сферу діяльності торгово-промислових палат від 29 червня 1868 р.) та до торгового суду (§§ 9, 26 закону про створення та сферу діяльності торгових судів від 14 травня 1869 р.).

2. *Неможливість поновлення втрачених прав без дозволу цісаря.* Кримінальний кодекс 1852 р. передбачав, що відновлення державних звань та вчених ступенів, яких засуджений був позбавлений,у зв'язку із засудженням (§ 26 «б»), поновлення права на зайняття чиновницької посади, включаючи посаду вчителя (§ 26 «г»), а також поновлення на службі духовних осіб (§ 26 «д») відбувалось тільки з дозволу цісаря.

Засудження особи до смертної кари чи тяжкого ув'язнення, крім вищезгаданих правових наслідків, у відповідності з § 27 кримінального кодексу спричиняло для неї ще й наступні обмеження: а) якщо злочинець був шляхетного стану, то він позбавлявся свого шляхетного стану. Це позбавлення стосувалося лише особи засудженого, тому не розповсюджувалося ані на другого з подружжя, ані на дітей, що народилися перед винесенням вироку; б) злочинець під час відбуття покарання не мав права вчиняти будь-які правочини, а також складати заповіт (розпорядження останньої волі). Однак ті дії, які він вчинив та розпорядження, які він видав до винесення вироку, не втрачали своєї сили.

Закон про правові наслідки засудження особи за вчинення кримінально караного діяння та скасування використання кайданів від 15 листопада 1867 р. вніс до вищезгаданих положень кримінального кодексу 1852 р. наступні зміни: 1) неможливість поновлення втрачених за вироком суду прав, згідно приписів даного закону стала тимчасовою, на відміну від кримінального кодексу, де вона мала постійний характер (§ 6); 2) цей закон скасував заборону вчинення будь-яких правочинів, особою засудженою до смертної кари чи тяжкого ув'язнення (§ 5); 3) у залежності від правових наслідків, він поділив тяжкі злочини на ганебні та неганебні (§ 6).

Положення закону про внесення змін до кримінального кодексу від 15 листопада 1867 р. щодо неганебних тяжких злочинів. Перелік неганебних тяжких злочинів був наведений в §6 даного закону. Це були злочини, які мали політичний мотив або були вчинені з неганебних мотивів (мотивів, які не викликають погорди). *З погляду на політичний мотив* до неганебних тяжких злочинів відносились: основна зрада, а також загроза громадському спокою, окрім випадків, коли ці злочини були спрямовані проти особи цісаря (§§ 58, 60, 61, 65, 66 К.К); повстання (§§ 68, 69 К.К); розруха (§ 73 К.К); опір чи погрози державним службовцям під час виконання ними службових обов'язків, з метою перешкодити їх виконанню чи примусити до вчинення протиправних дій (§ 81 К.К), якщо перераховані злочини були вчинені з політичних мотивів. *Враховуючи відсутність ганебних мотивів* до неганебних тяжких злочинів даний закон відносив: поєдинок (§§ 158, 163, 165 К.К); насильницькі дії проти зборів, зібраних владою в громадських справах, проти суду або проти іншої державної влади (§§ 76, 80 К.К); насильницькі дії проти юридично визнаних корпорацій, або проти зборів, що відбуваються за підтримки або під контролем державної влади

(§§ 78, 80 К.К); вбивство та тяжкі тілесні ушкодження у бійці, коли не відомо, хто завдав удару, який спричинив смерть чи тяжкі тілесні ушкодження (§§ 143, 157 К.К); допомога у злочині шляхом неперешкоджання його вчиненню, його приховування, а також сприяння ув'язненому у втечі з в'язниці, якщо така допомога стосується тяжких злочинів віднесених цим законом до неганебних (§§ 212, 214, 217 К.К); та переховування чи надання іншої допомоги дезертиру для втечі (§ 220 К.К).

Щодо правових наслідків засудження особи за вчинення неганебного тяжкого злочину, то закон передбачав, що:

1) Особи, засуджені за ці злочини позбавлялись: а) з прав передбачених §26 К,К, тільки передбачені літерами «а», «б», «г», «е», «є», тобто усі за винятком відсторонення від посади відповідального редактора періодичного видання та відсторонення від служби духовних осіб. Але відсторонення від посади відповідального редактора періодичного видання, у даному випадку, мало місце, як наслідок позбавлення права бути обраним до органів місцевого самоврядування (§ 12 закону про пресу від 17 грудня 1862 р.); б) у випадку засудження особи шляхетного стану до тяжкого ув'язнення чи смертної кари, така особа позбавлялась свого шляхетного стану; в) щодо інших обмежень, пов'язаних із засудженням особи, які випливали з положень цивільного законодавства, а також з політичних та церковних приписів, то щодо неганебних злочинів залишалась тільки заборона приймати участь у діяльності органів місцевого самоврядування, та інших представницьких органах, покликаних вирішувати державні справи.

2) Поновлення втрачених за вироком суду прав могло мати місце тільки після відбуття основного покарання.

Положення закону про внесення змін до кримінального кодексу від 15 листопада 1867 р. щодо ганебних тяжких злочинів. До ганебних злочинів належали усі інші тяжкі злочини, окрім тих які § 6 цього закону були віднесені до неганебних. Правовими наслідками засудження за дані кримінально карані діяння у відповідності з приписами вищезгаданого закону були: 1) особи засуджені за вчинення ганебних тяжких злочинів позбавлялись усіх, передбачених §26 кримінального кодексу, прав. Окрім цього вони зазнавали усіх обмежень прав, які були передбачені положеннями цивільного законодавства, а також політичними та церковними приписами; 2) поновлення втрачених за вироком суду прав могло мати місце тільки по спливу певного часу після відбуття основного покарання: а) по спливу десяти років, після відбуття основного покарання, якщо винна особа була засуджена до ув'язнення на термін п'яти і більше років; б) після спливу п'яти років, після відбуття основного покарання, якщо винна особа була засуджена до ув'язнення на термін менший ніж п'ять років

Враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що правові наслідки притягнення до кримінальної відповідальності передбачені приписами австрійського кримінального законодавства другої половини XIX ст., були важливим елементом в системі засобів боротьби із злочинністю, які поширювались на Галичину та Буковину.

ЦИВІЛЬНИЙ КОДЕКС ЗАХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ 1797 р.: ПРИЙНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА

Н. Шутко

Львівський національний університет імені Івана Франка

Короткий період правління цісаря Леопольда II розпочався із наполегливої праці над кодифікацією як приватного, так і публічного права, зокрема «політичним кодексом». Монарх ліквідував стару законодавчу комісію та створив нову придворну правотворчу комісію, завданням котрої було опрацювання наступних частин кодексу. Головою комісії призначений був професор Віденського університету Карл Антон фон Мартіні. Комісія продовжила роботу над проектами Яна Бернарда Хортена.

На реалізацію завдань кодифікації приватного права цісар видав два Патенти від 7.05.1790 р. та 22.02.1791 р. Більше того, при всіх апеляційних судах було створено місцеві комісії з метою надання рецензії на проект Я.Б. Хортена з позиції місцевих інтересів. Отримані рецензії опрацьовував Ф.Г. фон Кес. Але через суперечність між собою ці висновки не були враховані К.А. фон Мартіні в цілісному проекті, приготовленому протягом короткого періоду часу, тому узагальнення робилися на підставі матеріалів, опрацьованих Я.Б. Хортеном. Вказаний проект у 1792 р. був розісланий апеляційним судам та юридичним факультетам для обговорення й надання висновків. Автори проекту остерігалися того, що внаслідок дискусій постане ціла хвиля вимог врахування місцевих особливостей окремих територій, але зауваження в переважній більшості торкалися тільки стилістичних правил та незначних доповнень.

Згодом була створена ревізійна комісія з представників органів державної влади під керівництвом графа Х.Ф. Роттенханна. І в 1794 р. цісар Франц I розпорядився про надання першої частини проекту К.А. фон Мартіні вказаній комісії для дослідження його відповідності адміністративним нормам. Дискусія над ним відбувалася в час «революційного шоку», спричиненим подіями у Франції та зростаючою реакцією «старого порядку». Революційні гасла набували все більшого поширення, особливо ідеї природних прав людини та непорушності прав людини. Існуючий конфлікт поміж органами судової влади та «політичними» органами тільки підсилював критику природно-правової концепції проекту з боку органів державної влади. Найбільше зауважень припало на загальну частину проекту. Йшлося про те, що філософські роздуми про суспільний договір, чи про природні права для пересічного громадянина є незрозумілими, а «закон не є місцем для наукових обговорень». Як наслідок, прийнято рішення про виключення з проекту «Alles Zeug von Menschenrechte und bürgerlicher Freiheit». Вказувалося також, що проект виходить поза межі приватного права, регулюючи питання політичного устрою монархії.

Достатньо критичні погляди на проект К.А. фон Мартіні висловив Й. Зонненфельс. Торкалися вони як загальних, так і спеціальних норм про гро-

© Шутко Н., 2014

мадянські права та свободи, особливо їхнього філософського обґрунтування. Вчений споглядав на права особи з перспективи держави і її головної мети – забезпечення загального добробуту, натомість К.А. фон Мартіні вказував, що держава повинна охороняти права особи. В кінцевому результаті перемогу здобули ідеї К.А. фон Мартіні, завдячуючи не стільки його авторитетній аргументації, скільки сприяючим зовнішнім факторам, а саме необхідністю введення австрійською державою законодавчим шляхом в господарський оборот набутих після третього поділу Польщі земель. В літературі зустрічаються також думки, що Галичина була для австрійської влади певним «дослідницьким полігоном» – тут можна було ввести в дію новий кодифікований акт «для проби» з метою дослідження його цінності та практичної придатності. Звичайно, такі погляди критикувалися, між іншим, з приводу відсутності будь-яких посилань в джерелах та будь-якої інформації про результати такої «перевірки». Проте, про такі наміри могло свідчити хоч б сформульоване в арт. III Патенту про набрання чинності Цивільного кодексу Австрії 1811 р. положення про те, що при розробці кінцевого варіанту кодексу використовували «досвід, попередньо здобутий».

Професор С. Гроджіскі вказує, що Галичина була під пильним наглядом Габсбурзької монархії. Тому, поспішне впровадження на територію Галичини австрійського законодавства, незважаючи на повну усвідомленість влади його недостатнього опрацювання – напевно, було кращим варіантом, аніж функціонування на цій території некодифікованого права, особливо польського. Професор В. Браунедер зауважує, що уніфікація приватного права на території Галичини і Буковини відбулася для «забезпечення порядку, правової безпеки та захисту», оскільки такі дії були «нагальною потребою». На його думку, кодекс був проміжним, майже кінцевим результатом кодифікації приватного права. Особливої уваги заслуговує вислів вченого про те, що в Галичині повинно було діяти «негалицьке» право, а сам кодекс виник як логічна конструкція без наміру врахування особливостей місцевого права. Метою кодифікації було «створення права, котре повинно було мати здатність діяти всюди».

Головною причиною поспішного прийняття та введення в дію проекту К.А. фон Мартіні на території Західної (Патент про оприлюднення для Західної Галичини від 13.02.1797 р.) та Східної Галичини, а також Буковини (повторний Патент про оприлюднення для Східної Галичини від 8.09.1897 р.) було, на думку професора К. Сойки-Зелінської, прагнення австрійської влади ліквідувати будь-яку правову відособленість набутих територій шляхом скасування «старого права».

Офіційно кодекс набув чинності з 01.01.1798 р. на вказаній території під назвою Цивільний кодекс Західної Галичини («Codex Civilis pro Galicia Orientali»). Складався він із 1613 параграфів та був поділений на три розділи відповідно до модифікованої систематики Інституцій Юстиніана. Частини розділу не мали чітких назв – вони лише поширювалися на певні правові інститути. Перша частина містила: загальні положення, котрі пояснювали поняття держави та права; врегулювання особистих та сімейних прав; врегулювання суспільних відносин опіки і піклування; врегулювання відносин поміж батьками і дітьми,

«службодавцями і слугами». Частина II регулювала правові відносини речового і спадкового права. В даному розділі: можна знайти визначення таких понять як річ, володіння, право власності, сервітут, спадкування за законом, розпорядження останньою волею; закріплювався поділ речей; визначалися способи набуття речей та різновиди часткової власності. В Частині III вміщувалося зобов'язальне право та норми про давність володіння, позовну давність та реституцію, визначалися елементи договору та його види.

Держава розглядалася як особливого роду спілка, утворена внаслідок укладення суспільного договору, метою якої є забезпечення загального добробуту (§§ 5–7). Завданням держави було «забезпечення безпеки осіб, майна та прав». Проект не обмежувався загальними декларативними положеннями про охорону громадянина законом (§ 38), а забезпечував громадянину право на судовий захист своїх суб'єктивних прав, навіть тоді, коли порушником є держава як приватний власних. Більше того, кодекс визнавав законним правове регулювання приватноправових відносин тільки судовими рішеннями.

В кодексі були відображені майже всі природно-правові концепції проекту К.А. фон Мартіні. Зокрема, його ототожнення права з мораллю: «Правом є то все, що само собою є добрим, котре відповідно до своїх відносин і наслідків щось добре в собі містить чи приносить, і яке сприяє загальному благу» (§ 1). Кодекс впроваджував первинний поділ прав і обов'язків на природні та набуті: «Права і обов'язки або на самій природі людини ґрунтуються, і тоді природними, і вродженими правами і обов'язками називаються, або теж на створеному суспільстві, а тоді надані (positivae) ці є, з життя суспільного утворені права і обов'язки називаються» (§ 4). Природні права є непорушними і невідчужуваними: «Цивільне суспільство не відміняє ні обов'язків, котрі торкаються людської природи, ні прав, котрі з неї походять, але заради розвитку загального блага встановлюють для них іншим способом визначені межі» (§ 28). § 29 містив «sui generis» каталог природних прав: «право зберігати життя, набувати необхідні для життя речі, удосконалювати можливості тіла і душі, захищати себе, турбуватися про репутацію та суспільну думку, користуватися своїми речами на свій розсуд». Також підкреслено, що вказані природні права не змінювалися суспільством (§ 31).

Кодекс базувався на абстрактно зрозумілих припущеннях загальності прав та обов'язків, індивідуальної свободи та рівності. Тільки в невеликій кількості випадків був прив'язаний до суспільно-господарських реалій монархії. Наприклад, для набуття права власності потрібними були правова підстава та правовий спосіб набуття власності. У випадку опосередкованого набуття права власності обов'язковим було передання предмету трансакції в руки набувача. Також передбачалося набуття власності шляхом передання майна («інтромісія») «кордонним виконавцем» на підставі розпорядження суду.

В особливий спосіб були врегульовані відносин найму праці, визначені ще в дусі патріархальних засад станового устрою, про що свідчать приписи особового права Частини I. В Розділі VI «Про права і обов'язки поміж панами та слугами» в § 266 вказується, що «обов'язки однак всіх слуг в тім співпадають,

що уважними, пильними і вірними бути, тут же ж добро своїх панів відповідно до своїх сил збільшувати повинні». В кодексі передбачалися види дисциплінарних покарань, котрі застосовувалися в домашніх умовах, в стилі давнього «iuris castigandi»: «Несхвалення, звинувачення, безперервні роботи, сама навіть заборона не покидати кілька днів дім належать до каральних і до засобів виправлення слуг, і не належить їм право позиватися на майно проти пана і до закінчення правового терміну службу залишати» (§ 291). Вказаний розділ ЦКЗГ залишився чинним до моменту введення в дію ЦКА.

Характеризуючи змістове наповнення ЦКЗГ, варто відзначити як позитивні, так і негативні його аспекти. До позитивних варто зачислити передусім те, що норми кодексу були сформовані на досить високому юридичному рівні, порівняно із іншими кодифікованими актами. Однак, таке досягнення значною мірою нівелювалося недотриманням авторами окремих мовних правил при написанні кодексу, що значною мірою ускладнювало його читання та розуміння.

ЦКЗГ – це не тільки повноцінна кодифікація приватного права в Габсбурзькій монархії, але і перша в Європі взагалі. Саме тому, як вказує професор Р. Стефанчук, ґрунтовне наукове дослідження вітчизняних правових традицій стане новим етапом розвитку як українських, так і європейських наук цивільного права та історії права.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

КОМУНАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Р. Бедрій

Львівський національний університет імені Івана Франка

У розділі ІІ «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» Конституції України, у ст. 41 закріплено положення, згідно з яким «громадяни для задоволення своїх потреб можуть користуватися об'єктами права державної та комунальної власності». Як бачимо, у цій конституційній нормі право «державної» та «комунальної» власності розташовані як однопорядкові терміни. Поняття право «загальнодержавної» власності не вживається. Звідси слідує, що комунальна власність не входить до складу державної власності.

Поряд з Конституцією, однозначно відмежовує комунальну власність від державної і Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. Суб'єктами права комунальної власності виступають територіальні громади сіл, селищ, міст, районів у містах (ст. 142 Конституції). У ч. 5 ст. 16 Закону про самоврядування в Україні зазначено, що від імені та в інтересах територіальних громад права суб'єкта комунальної власності здійснюють відповідні ради.

Слід зазначити, що інколи комунальну власність визнають економічною основою місцевого самоврядування. Це надає цій власності доволі велику значущість в умовах ринкової економіки та відсутності належного механізму державного фінансування місцевого самоврядування.

При цьому об'єктний склад комунальної власності у різних нормативних актах визначається по-різному. В одних випадках наводиться загальний опис об'єктів комунальної власності, в інших – має місце надмірна деталізація, яка, на думку деяких авторів, є недоцільною, бо жоден перелік не може бути вичерпним.

На сьогоднішній день перелік об'єктів комунальної власності визначений в Конституції України та Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні».

Так, згідно ст. 142 Конституції України, – матеріальною та фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме та нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, що є у власності територіальних громад сіл, селищ та міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, які перебувають в управлінні районних та обласних рад.

Відповідно до ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», до комунальної власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах належить рухоме та нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, підприємства, установи та організації, в т. ч. банки, страхові товариства, а також пенсійні фонди, частки в майні підприємств, житловий фонд, нежитлові приміщення, заклади культури, освіти, спор-

© Бедрій Р., 2014

ту, охорони здоров'я, науки, соціального обслуговування, інше майно та майнові права, рухомі та нерухомі об'єкти, визначені в законі як об'єкти права комунальної власності, а також кошти, отримані від їх відчуження.

Видається за доцільне уніфікувати діюче законодавство України в контексті закріплення єдиних підходів до визначення складу та структури об'єктів комунальної власності.

Слід зазначити, що сьогодні у комунальній власності знаходяться в основному об'єкти соціально-культурного призначення, підприємства, які займають монопольне становище в конкретному населеному пункті. Функціонування таких підприємств часто забезпечує життєдіяльність селища чи міста. Приміром, це можуть бути підприємства, що надають послуги з газо-, тепло-, електро-, водопостачання тощо. Однак, це не означає, що органи місцевого самоврядування не можуть ефективно реалізовувати свою компетенцію у сфері місцевого (міського) господарства, навіть у тих секторах, які перебувають у стані природної монополії.

Практика господарювання свідчить, що самоврядні органи стикаються з серйозними проблемами, які практично неможливо вирішити на муніципальному рівні власними силами і засобами. У зв'язку з цим органи місцевого самоврядування вдаються до реалізації своїх, закріплених в законі, повноважень, з метою залучення приватного капіталу до комунального сектору економіки.

З метою з'ясування найпоширеніших способів залучення приватних інвестицій у сферу комунального господарства, варто розглянути зарубіжний досвід з цих питань. Зокрема, серед таких способів в зарубіжних країнах: 1) здійснення корпоратизації комунальних унітарних підприємств тобто зміна організаційно-правової форми юридичної особи, із збереженням останніх у власності територіальної громади; 2) безпосередня приватизація цілісних майнових комплексів комунальних підприємств; 3) залучення приватного капіталу в комунальну власність через проведення торгів щодо надання тих чи інших послуг; 4) залучення приватних інвестицій в комунальне господарство на договірних засадах (оренда, концесія, делеговане управління тощо); 5) залучення коштів через операції на фінансовому ринку (фінансово-кредитні інституції, кредитні союзи).

Очевидно, усі наведені способи залучення інвестиційних ресурсів мають як свої переваги, так і недоліки, тому навряд чи можна вести мову про існування якогось універсального методу наповнення місцевого бюджету інвестиційними засобами. Стає очевидною необхідність комплексного підходу до вирішення проблеми недостатності інвестицій через застосування усіх можливих способів їх залучення. При цьому, обираючи той чи інший спосіб залучення фінансових ресурсів в комунальне господарство, органи місцевого самоврядування повинні, перш за все, діяти відповідно до вимог чинного законодавства.

Проблеми правового регулювання відносин власності загалом та комунальної, зокрема, є доволі очевидні. Тому у вітчизняній правовій науці, по суті, не піддається сумніву визначення чи не єдино правильного та раціонального способу їх вирішення: пропонується ідея розробки окремої глави Конституції Укра-

їни з назвою «Економічна система» або «Економічна основа». Ця ідея, що підтримується більшістю наукової спільноти, в даний час закріплена у працях В.К. Мамутова, Ю.С. Шемшученка, Д.В. Задихайла та ін.

Досить однозначною видається позиція вчених і щодо змісту пропонованої глави Конституції України. Так, на думку Д.В. Задихайла, до тексту Основного Закону необхідно включити положення, що визначають форми та напрями економічної політики держави, подібно до ст.ст. 9 та 10 Господарського Кодексу України.

В.К. Мамутов пропонує наповнити главу «Економічна система» й іншими нормами, що містяться як в Господарському кодексі України, так і в інших актах вітчизняного законодавства, в тому числі і тих, що втратили чинність. Серед останніх згадується Закон України «Про власність» від 07.02.1991 р., норми якого могли б посприяти більш належній та глибокій регламентації відносин власності.

Слід визнати, що в Україні спостерігається певна відстороненість власника від вирішення соціально важливих питань. В той час, відповідно до стратегії розвитку та правової регламентації відносин власності у більшості європейських держав, власність може і повинна служити загальному благу, забезпечуючи інтереси громади та окремих її членів.

СУТНІСТЬ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ З ПОЗИЦІЙ ТЕЛЕОЛОГІЧНОГО ПІДХОДУ

О. Бориславська
Львівський національний університет імені Івана Франка

У період після проголошення незалежності України і до сьогодні термін *конституціоналізм* міцно укорінився в українську конституційно-правову науку. Проблемам конституціоналізму присвячено чимало праць учених – конституціоналістів, у яких відображені різні погляди на його природу, особливості виникнення та існування. Прикметно, що думки вчених не просто розходяться, а часом є діаметрально протилежними, і це стосується не другорядних питань існування конституціоналізму, а його суті, а на практиці це відображається у питаннях «наявності – відсутності» конституціоналізму в певній країні чи групі країн. Це, очевидно, можна пояснити різними гносеологічними та аксіологічними установками дослідників, що знаходять своє відображення у відповідних наукових підходах до розуміння сутності конституціоналізму.

На сьогоднішній день існуючі концепції конституціоналізму у своїй основі мають два підходи до розуміння його сутності – формально-нормативний та телеологічний.

Формально-нормативний підхід зародився у США – країні, у якій термін *конституціоналізм* був вперше введений в науковий обіг – для позначення верховенства писаної конституції над іншими законодавчими актами (кінець

© Бориславська О., 2014

18 – початок 19 століття). За задумом державних діячів – «батьків конституції» – конституція мала важливе призначення – гарантувати головні здобутки революції (війни за незалежність) – свободу людини, невтручання держави у приватне життя індивіда, свободу економічної діяльності, обмеження державного свавілля, суверенітет, розподіл влади тощо. Саме для цього було запропоновано наділити конституцію особливими рисами, що мали вирізняти її з-поміж інших актів – верховенством та стабільністю, а відповідний порядок унормування державно-політичного буття було йменовано конституціоналізмом. Наявність писаної Конституції як акту вищої юридичної сили, що передбачає складний порядок внесення змін, гарантуючи тим самим конституційний порядок, є умовою існування конституціоналізму відповідно до таких поглядів. В умовах американської політико-правової системи кінця 18 – початку 19 століття цього було цілком достатньо для реалізації на практиці ліберальних ідей, які склали ідеологічну основу американського конституціоналізму.

На основі формально-нормативного підходу виникла формальна концепція конституціоналізму, під впливом якої писана конституція набула значного поширення у світі. Причому конституції перестали бути атрибутом виключно ліберальної чи демократичної систем, почали прийматися у державах з різними формами правління та політичними режимами, характер та порядок здійснення державної влади в яких суттєво відрізнявся. Такі риси конституції, як стабільність і верховенство, зробили її привабливою і для авторитарних (тоталітарних) режимів, що отримали можливість закріпити за її допомогою своє панування у суспільстві. Таким чином, у процесі поширення писаної конституції вона поступово перестала розглядатися тільки у контексті мети її виникнення, як її вбачали автори американської конституції. Конституціоналізм стало важко відмежувати від інших видів політико-правового порядку. Це спричинило переосмислення змісту конституціоналізму та відхід від формально-нормативних установок.

Формальна концепція у розумінні конституціоналізму наголос робить на вченні про конституцію як особливий нормативно-правовий акт, на розкриття онтологічного статусу конституції, її складових елементів, на конституційний розвиток окремих держав.

Інший підхід до розуміння сутності конституціоналізму – телеологічний – акцент із формальних ознак конституції переносить на мету її існування, її головне призначення – обмеження державного свавілля. Телеологічний підхід завдячує своїм виникненням досвіду держав Західної Європи. Тут, на відміну від Америки, у якій були всі підстави для реалізації ідей лібералізму, головною із яких було гарантування індивідуальної свободи через накладення відповідних обмежень на державу, досвід середньовічного абсолютизму висував зовсім інші пріоритети – обмеження державного свавілля та гарантування демократії. Таким чином, в старій Європі кінця 18 – 19 століття конституціоналізм пов'язувався із стримуванням урядової тиранії. Його розуміння випливало із того, що верховна влада, держава, її посадові особи мають обмежуватись законом, тобто наголос робився не стільки на формальних ознаках конституції, скільки на її призначенні.

Сьогодні, виходячи із телеологічного підходу, сутність конституціоналізму розглядається крізь призму мети його існування – формування та функціо-

нування системи обмеженого демократичного правління. У сучасній конституційно-правовій науці телеологічний підхід до розуміння сутності конституціоналізму проявляється у наступному.

По-перше, при визначенні конституції акцентується не на її формальних рисах як основного закону держави,а на її змістовому наповненні та призначенні – встановити конституційні обмеження для державної влади.

По-друге, сутність конституціоналізму не зводиться до факту наявності конституції як акту вищої юридичної сили, а йдеться про існування політико-правового режиму, при якому державна влада обмежена конституційними засобами.

По-третє, конституціоналізм розглядається у двох площинах – доктринальній та практичній, причому лише за наявності останньої – правління реально обмеженого за допомогою конституції (що передбачає відсутність можливості її довільної зміни правлячою політичною силою) можна вважати, що у даній країні існує конституціоналізм.

Телеологічний підхід лежить в основі матеріальної та інституційної концепцій конституціоналізму. Перша притаманна Великобританії – за відсутності писаної конституції (що виключає існування конституціоналізму у формальному значенні) тут сформований правопорядок, при якому юридично обмежені повноваження монарха та парламенту. Традиційно в Англії конституціоналізм ототожнюється із верховенством права. Феномен британського конституціоналізму полягає у тому, що, на відміну від американського, він позбавлений таких важливих обмежувальних інструментів, як відносно незмінні писані норми вищої юридичної сили. Попри це, правило «державна влада обмежена правом» незмінно діє нині вже в Сполученому Королівстві протягом кількох століть. Учені зазначають, що секрет існування конституціоналізму в цій країні полягає у загальноприйнятому переконанні і громадян, і державних посадовців у тому, що державна влада діє в межах закону, а отже, править закон. Окрім цього, слід наголосити, що британський матеріальний конституціоналізм спирається на потужні інтерпретаційні повноваження судів у поєднанні із їхньою ексклюзивною прерогативою застосовувати й тлумачити ті чи інші постанови у конкретних випадках. Відповідно, суди мають серйозні можливості обмежувати законодавчу та виконавчу влади, а їхня діяльність є основою матеріальної концепції конституціоналізму.

Під впливом англійської доктрини з другої половини 19 століття телеологічний підхід набув суттєвого поширення і в Америці, що зумовило поступовий перехід від формально-нормативної до формально-телеологічної концепції конституціоналізму.

Інституційна концепція притаманна країнам континентальної Європи, у яких конституціоналізм розглядається як інституційний механізм обмеження державної влади в умовах демократії. Елементами такого механізму є: конституція як акт установчої влади народу, народний суверенітет, розподіл влади, представницьке правління, парламентаризм, конституційний контроль як гарантія конституції, реальне обмеження конституцією діяльності держави, стабільність конституції, система захисту конституційних прав і свобод.

В конституційному праві пострадянських держав присутні як формально-нормативний, так і телеологічний підходи до розуміння сутності конституціоналізму.

Одне із перших досліджень феномену конституціоналізму на колишньому радянському просторі – монографія «История буржуазного конституционализма XVII–XVIII вв.», видана у 1983 р. колективом авторів під редакцією проф. Нерсесянца В.С. Конституціоналізм розглядався ними «перш за все як сам факт наявності конституції і її активного впливу на політичне життя країни, верховенство і визначальну роль конституції (писаної чи неписаної) як основного закону в системі діючого законодавства, опосередкованість політичних відносин конституційно-правовими нормами, конституційну регламентацію державного ладу і політичного режиму, правового характеру взаємовідносин громадянина і держави». Такий підхід фактично поклав початок пострадянської формально-нормативної концепції конституціоналізму. У сучасній доктрині конституційного права пострадянських країн вона має ще один напрям – формально-ціннісний.

Формально-ціннісний аспект орієнтує конституціоналізм на певні вихідні засади державної організації, пов'язуючи його з уявленнями про справедливу, демократичну державу, що відповідає природі людини. Конституціоналізм розглядається як сукупність ідей та поглядів про устрій держави, організації в ній влади та взаємовідносини держави з громадянами, що відповідають принципам демократичного розвитку.

Більшість сучасних українських вчених-конституціоналістів є прихильниками інституційної концепції конституціоналізму, в основі якої, як уже зазначалося, лежить телеологічний підхід. Конституціоналізм найчастіше розглядається як певний політико-правовий режим, що є сукупністю засобів та інститутів, які необхідні для формування системи обмеженого правління (конституційної держави).

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИНЦИПУ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ТА ЛЮДИНИ

Л. Бориславський

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема конституційно-правового регулювання взаємної відповідальності держави та людини заслуговує більшої уваги з боку науковців та практиків. Адже тривалий час в науковій літературі традиційно значна увага приділялася висвітленню питань юридичної відповідальності саме людини перед державою. В той же час, поза увагою залишився аналіз відповідальності держави за виконання (невиконан-

© Бориславський Л., 2014

ня) своїх прав і обов'язків перед людиною. Разом з тим зрозуміло, що без належного регулювання відповідальності людини перед державою в значній мірі залежить нормальна життєдіяльність громадського суспільства і правопорядок у державі. Взаємна відповідальність людини і держави є важливою умовою гарантування свободи кожної людини і громадянського суспільства в цілому.

Розділ 1 Конституції України присвячений засадам конституційного ладу. Встановлення конституційного ладу починається з певних принципів організації держави в її відношенні з особою і громадським суспільством. Україна проголошується правовою державою – так характеризується держава, яка у своїй діяльності підпорядковується праву і головним завданням якої вважається утвердження і здійснення прав та свобод людини і громадянина. Тому одним із шляхів формування правової держави, одне із напрямів цієї роботи є розвиток громадянського суспільства, яке виступає важливою ланкою між особою і державою, в якому реалізується більша частина прав і свобод людини. Ч. 1 ст. 3 Конституції України розкриває якісну сторону характеристики України як демократичної, соціальної, правової держави. Важливою ознакою такої держави є виражене в цій статті проголошення людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканості і безпеки в Україні найвищою соціальною цінністю. Вона є цінністю не тільки сама для себе, але й для громадянського суспільства в цілому.

Визнання прав і свобод людини в Україні означає, що особа у її взаємовідносинах з державою виступає не як об'єкт безконтрольної державної діяльності, а як рівноправний суб'єкт, який реалізує свої конституційні права. Із конституційного принципу визнання людини в якості найвищої соціальної цінності, випливає ряд обов'язків держави. *По-перше,* на конституційному рівні закріплено положення, що права і свободи людини та їх гарантії визнають зміст і спрямованість діяльності держави. Права і свободи людини – це загальновизнані соціальні можливості особи, забезпечення яких реально в умовах досягнутого людського прогресу. Володіння правами і свободами, на які не може посягати держава робить людину самостійним суб'єктом здатним стати повноправним членом громадянського суспільства.

Проте, відносини людини і держави не вичерпуються обов'язками держави не посягати на права людини. В сучасних умовах людина об'єктивно залучена у відносини з державою. По відношенню до держави людина є або громадянином, або іноземцем, або особою без громадянства. Особа, яка постійно проживає на території конкретної держави, зацікавлена мати статус громадянина, оскільки лише держава ефективно може утвердити і забезпечити права і свободи людини. Громадянство як стійкий правовий зв'язок людини і держави передбачає взаємні права і обов'язки, згідно яких держава юридично зв'язана з правами людини. В свою чергу, ставши громадянином, особа зобов'язується неухильно виконувати свої обов'язки.

По-друге, держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Чинна Конституція України вперше обмежила роль держави у встановленні прав людини і громадянина, але значно підвищила роль і відповідальність держави в забезпеченні і захисті цих прав і свобод. Основний Закон України виходить з того,що держава не

дарує, не надає людям їх основні, тобто конституційні, права і свободи. Вони належать людині від народження: як закріплено в статті 21 Основного Закону Української держави, права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними, тобто не можуть бути набуті (навіть у держави) і передані кому-небудь.

І накінець, головним обов'язком держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини, тобто Україна прийняла на себе обов'язок захищати їх від будь-якого незаконного втручання або обмеження. Разом з тим, це не означає, що держава взагалі утримується від втручання у сферу прав і свобод людини або у всі відносини. Навпаки, не втручаючись без об'єктивної потреби в ці відносини, вона зобов'язана не допускати зловживання цими правами і свободами. Так, в ст. 23 Конституції України закріплено, що кожна людини має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечуються вільний і всебічний розвиток її особистості.

Визначаючи конституційні права і свободи громадян, держава в своїх законах конкретно визначає зміст, об'єм, межі цих умов, гарантії їх дотримання, а також обов'язки людини (сплачувати податки і збори ч. 1 ст. 67) і громадянина (захист Вітчизни, відбування військової служби ст. 65). Одні права і свободи іноді можуть вступати в деякі протиріччя з іншими правами і свободами (наприклад, особистими свободами). Це протиріччя суспільства і держави повинні визначити у відповідності із конституційними принципами.

Заслуговує на увагу і питання про співвідношення і взаємозв'язок прав і свобод з обов'язками, які встановлені Конституцією України. Специфіка правового регулювання принципу взаємної відповідальності полягає в тому, що вона спрямована в кінцевому рахунку до певних видів юридичної відповідальності, в тому числі до конституційно-правової. Конституційний Суд України в Рішенні №7–рп/2001 від 30 травня 2001 р. установив: «Конституція України закріпила принцип відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, який проявляється передусім у конституційному визначенні обов'язків держави (ст. 3, 16, 22). Така відповідальність не зводиться лише до політичної чи моральної відповідальності публічної влади перед суспільством, а має певні ознаки юридичної відповідальності як застосування заходів публічно-правового характеру до держави та її органів за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків.

Конституційний обов'язок держави забезпечувати права і обов'язки полягає у створенні умов для їх реалізації і механізму їх захисту (наприклад, ст. 27, 49). Забезпечення таких умов і є головним обов'язком держави, в тому числі і всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування. Воно може включати в себе різні напрями державної діяльності: сприяти реалізації конституційних прав і свобод людини; проведення заходів для попередження правопорушень; притягнення правопорушників до юридичної відповідальності. Правовий обов'язок держави полягає в забезпеченні економічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу (ст. 16). Можливість відповідальності передбачена в ч. 5 ст. 41, ст. 56,

ч. 4 ст. 62, ч. 3 ст. 152 Конституції України. Водночас, звертається увага, що у стосунках «людина – держава» відповідальність має взаємний характер: про це прямо наголошується в ст.ст. 65, 66, 67, 68 Конституції України.

Однією з найважливіших умов визначеності відносин між людиною і державою є закріплення у ст.ст. 3, 21 Конституції України принципу непорушності прав і свобод людини. Визнаючи людину найвищою соціальною цінністю, Основний Закон України встановлює перелік прав і свобод, гарантує і забезпечує їх захист, у тому числі від порушень з боку держави, її органів та посадових осіб. Зазначені права і свободи визначають певні межі цих прав та можливість користуватися благами для задоволення своїх інтересів.

Проголошення забезпечення прав і свобод в Основному Законі України означає також обов'язок держави створювати спеціальні установи по охороні прав і свобод людини і громадянина, зокрема посаду Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Суди, як органи державної влади, зобов'язані своєчасно й дієво захищати ці права та свободи шляхом розгляду справ, – підкреслено в постанові Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року № 7 «Про посилення судового захисту прав та свобод людини та громадянина». Основний Закон України покладає конституційний обов'язок на Президента України бути гарантом додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.

Утвердження і забезпечення прав і свобод людини також потребує законодавчого закріплення процедур, які створюють реальні можливості для здійснення кожною людиною прав і свобод.

Таким чином, Конституція України закріпила принцип взаємної відповідальності держави і людини, який полягає в закріпленні та застосуванні негативних наслідків за неналежне виконання (невиконання) встановлених Основним Законом України взаємних обов'язків держави і людини. Вони як самостійні суб'єкти вправі вимагати один від одного виконання обов'язків. Держава є особливим суб'єктом взаємної відповідальності. В цій якості держава виступає як безпосередньо, так і в особі органів держаної влади або її посадових чи службових осіб, якщо вони виступають від імені держави.

НАЦІОНАЛЬНА ІДЕЯ І МОДЕРНІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

П. Гураль
Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України – це основний і важливий політико-правовий нормативний акт, що має вищу юридичну силу і регулює основи державного уст-

© Гураль П., 2014

рою і його взаємовідносини з суспільством і особою (людиною і громадянином) й визначає їх дальший розвиток.

Серед конституційний норм, що має чітко виявлений політико-правовий характер є ст. 11, яка визначає розвиток української нації: «Держава сприяє консолідації та розвиткові української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвиткові етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України».

Ця норма спрямована на гармонізацію відносин між українською нацією в цілому та її складовими, зокрема національними меншинами. Гармонізація цих відносин базується на основі консолідації української нації та всіх її складових на засадах загальнонаціональних інтересів, української державної й громадянської ідентичності, територіальної цілісності, національної ідеї, єдності історичної долі та перспективи розвитку нації та суспільства.

Практика суспільного розвитку, консолідації нації показують, що це надзвичайно складні і довготривалі процеси. Вони значно ускладнюються різними зовнішніми і внутрішніми чинниками.

Серйозною проблемою в Україні є насильно створене протягом століть «рускоязычное» життєве середовище, яке має за мету виробити в українців особливу форму російської свідомості. Серед «рускоязычного населения» сформувалася частина громадян України, які під впливом імперської російської ідеології в окремих регіонах будують «Русский мир».

В сучасному світі боротьба між окремими державами ведеться не шляхом військової агресії, а за допомогою політичних впливів та фінансових потоків; активно використовуються засоби з гуманітарної сфери: мова, релігія, культура, освіта, масова інформація тощо. Часто ця боротьба підсилюється брутальною політичною та ідеологічною агресією, фінансово-економічним шантажем.

За останні роки Україна відчула всі ці форми впливу з боку сусідньої держави.

Російська Федерація вживає заходів для набуття громадянами України громадянства Росії. Кремль спростив процедуру набуття російського громадянства «соотечественикам», які переїжджають в Росію за програмою переселення. В Держдумі ухвалено законопроект, який дозволяє їм не чекати п'ять років, проживаючи на території Російської Федерації, для подання документів для набуття громадянства. Згадана програма переселення у 2012 році і без того успішно реалізувалася: загалом до Росії на постійне місце проживання торік офіційно виїхало понад 63 тисячі осіб – стільки ж, як за шість років до цього.

У вітчизняних засобах масової інформації стверджується, що в Україні перебільшена кількість осіб, які одночасно мають українське і російське громадянство. На даний час їх біля 70–80 тисяч, причому що російські чиновники неохоче дозволяють користуватися інститутом подвійного громадянства. Умовою видачі російських паспортів є відмова від громадянства України.

Антиукраїнською в Україні є діяльність окремих політиків і партій, які функціонують у південних регіонах нашої держави. Так, депутат-мажоритарник Лев Миримський, голова проросійської партії «Союз» зареєстрував у Верховній

Раді законопроект № 2308, який передбачає надання права нашим співвітчизникам на набуття іноземного громадянства з можливістю збереження українського. За його словами, неофіційно від 5% до 10% українців уже мають паспорт іншої держави, а близько 5 млн. перебувають на заробітках за кордоном. Багато з них отримують там громадянство і вимушені відмовлятися від українського. Дії Л. Миримського вписуються в широкий контекст діяльності проросійських сил в Україні.

Проросійська партія «Русский блок», у своїй передвиборчій програмі (вересень 2012 року) поставила за мету: «Зближення з дружніми державами, з котрими у нас спільні традиції, історія, культура, духовність, і одна країна, яка простягається від Карпат до Камчатки, від Криму до Кольського півострова. Ми єдине ціле, нероздільна спільнота слов'янських народів, перевірена віками. Поза єдністю з Росією – немає майбутнього». Пріоритетами цією партії є: державна російська мова, руська православна церква, конституційне право на друге громадянство (російське).

Однак наші спецслужби не бачать в цьому загрози нашому конституційному ладові, національній безпеці України.

Особливо небезпечною є мовно-культурна експансія Росії, яка супроводжується потоками ненависті і зневаги до української мови, української нації, української державності і має на меті виплекати з українського громадянина російськомовного українофоба.

Окрім Росії та зорієнтованих на неї сил в Україні, що традиційно використовують подвійне громадянство як один з інструментів імперського пресингу, готовність активізувати роздачу паспортів своїм «колишнім громадянам» дедалі активніше демонструють наші західні сусіди, до складу яких, внаслідок їх окупації, раніше входили деякі українські території.

Так, на сьогодні кількість українців, що набули угорського громадянства сягає 80–90 тисяч осіб, румунського – до 80 тисяч. Коли врахувати, що вони локалізовані у двох районах України: Закарпатській та Чернівецькій областях, чисельність мешканців яких не дотягують і до 2,2 млн., то цифра досить значна.

Очевидними є загрози національній безпеці України в разі продовження тенденцій активного набуття її мешканцями громадянства держав, що межують з нею. Особливо тих, які не лише проводять активну політику щодо підтримки закордонних співвітчизників, а й часто ставлять під сумнів територіальну цілісність нашої держави або висувають вимоги щодо формування територіальних автономій у місцях комплексного їх проживання. Тому важливо виробити державну позицію до такої ситуації. При тому вона має передбачати конкретні та реальні дії органів державної влади. Приміром, радикальний варіант вирішення проблеми подвійного громадянства – запровадити чіткий механізм позбавлення українського паспорта у випадку набуття особою громадянства іншої держави, що де-юре передбачає ст. 19 Закону України «Про громадянство України».

Однак, аналізуючи статтю 11 Конституції України, ми виявляємо у ній наявність відповідного політичного й ідеологічного змісту. При модернізації Основного Закону, на даному етапі суспільного розвитку, неможливо вберегти його від полі-

тичних та ідеологічних впливів, носіями яких є ті ж творці Конституції. Навіть науково-практичний коментар Конституції України стверджує, що «формування у громадян України почуття національної ідентичності є найважливішим чинником націє утворення та загальнонаціональної ідентичності та майбутнього Батьківщини як демократичної, соціальної, правової Української держави.

Формування у громадян України почуття національної ідентичності є найважливішим чинником націєутворення та загальнонаціональної консолідації. Основними ототожнюючими показниками (ідентитетами) національної ідентичності є свідомість, громадянство, територія, мова, історія, культура.

В модифікованій Конституції України повинен бути закріплений національний характер української держави, адже саме це є основним системоутворюючим чинником у суспільно-історичному житті українського народу – основного суб'єкта і динамічної основи української держави. У Конституції з огляду на те, що саме український народ є визначальним етнокультурним та державоутворюючим фактором на власній етнічній території.

Виходячи з цього, ст. 1 необхідно подати у такому формулюванні: «Україна є національною, суверенною, незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою». Термін національна держава не суперечить тому, що всім етнічним меншинам, що проживають в Україні, гарантуються рівні з українцями права, а також збереження та розвиток їх власної самобутності.

Словосполучення «національна держава» деякі науковці асоціюють з вузьким етноцентризмом. Однак таке тлумачення зумовлене антинауковим розумінням самої сутності національного. Сучасна народознавча наука дає нам достатньо підстав для інтерпретації феномена нації, національної культури як глибинного сутнісного ядра буття народу, а не тільки зовнішньої форми чи прояву такого буття. Нація – це вже не тільки етнокультурна спільнота (народ) і тим більше не демографічна людність, а цілісний етнополітичний організм.

Враховуючи історичні обставини, що склалися в Україні, слід пам'ятати модернізаторам Конституції про наступні важливі моменти:

1. Саме молода українська державність є не просто наслідком розпаду останньої імперії, а закономірним історичним підсумком багатовікової боротьби українського народу за збереження власної етнокультурної ідентичності та створення власної національної незалежної держави.

2. З другого боку, саме розбудова та утвердження української національної держави є найдієвішим чинником консолідації саме тієї нації, яка в минулому, маючи колоніальний статус, була гранично знесилена, знекровлена, розшматована між кількома державами і у значній мірі зденаціоналізована.

3. Враховуючи ці обставини, оптимальною формою буття нації на сучасному етапі, враховуючи більш ніж двадцятирічний період незалежності, може бути тільки національна держава як така, що покликана забезпечити динамічне самовідтворення українського етнополітичного організму як цілісної системи (а не конгломерату регіональних груп та національних меншин) та збереження етнокультурної самобутності української нації у цивілізованому колі народів.

4. В Українській національній, суверенній, незалежній, демократичній, соціальній, правовій державі не можуть бути принижені громадянські та національно-культурні права національних меншин. Конституція України не може нехтувати певною системою національних пріоритетів, як Конституція національної держави, а не аморфного чи механістичного розмаїття національних і територіальних груп.

5. Ідеологічною основою української громадянської нації є національна ідея, яка була надбудовою національно-культурного відродження, на основі якого виникла Українська незалежна держава. Основними ціннісними пріоритетами української національної ідеє є людяність, соціальна й національна справедливість, патріотизм, демократія, багатопартійність та українська мова, що у своєму розвитку пройшла крізь велику кількість заборон і утвердилась у статусі державної.

У ст. 15 Конституції «національна ідея» повинна бути закріплена як ідеологія української нації (народу), а не партійна ідеологія.

КВАЛІФІКАЦІЙНІ ВИМОГИ ДО КАНДИДАТІВ НА ПОСАДУ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В. Кобрин

Львівський національний університет імені Івана Франка

Посада Глави Уряду України – Прем'єр-міністра України є однією із ключових у системі органів державної влади. Його конституційно-правовий статус окрім інших елементів (компетенції, повноважень, функцій, відповідальності) включатиме і вимоги для вступу відповідної кандидатури на посаду.

Кваліфікаційні вимоги до Прем'єр-міністра України – це відповідний перелік різного роду умов необхідний для зайняття посади Прем'єр-міністра України. На сьогодні законодавчо такого переліку умов стосовно Глави Уряду України не має, є лише норма про загальні вимоги до членів Кабінету Міністрів України. Зважаючи на суспільно-політичну роль та значення посади Прем'єр-міністра України вважаємо за необхідне внесення змін в частині формулювання окремої норми про вимоги до Прем'єр-міністра України.

Першою основною вимогою до кандидата на посаду Прем'єр-міністра України є наявність у нього громадянства України. Безсумнівна умова, яка на сьогоднішній день навіть не повинна ставати предметом дискусій та полеміки, адже навіть у розвинених зарубіжних державах (Німеччина, Італія, Японія) встановлені ще більш жорсткі умови для таких категорій посад. Так у Німеччині та Італії окрім наявності громадянства усі державні службовці повинні також бути за національністю відповідно німцями та італійцями. Вважаємо що досвід

© Кобрин В., 2014

наведених країн можна взяти на озброєння і запровадити в Україні. Така умова є також необхідною у зв'язку з систематичною агресивною політикою північно-східного сусіда в особі Російської Федерації.

Наступною вимогою є наявність права голосу. В даному випадку Закон України не уточнює дану вимогу. Так розуміється, що Прем'єр-міністром України може бути громадянин України, який володіє активним виборчим правом, тобто досяг на момент призначення 18-ти років і має повну цивільну дієздатність. В даному випадку найбільше запитань виникає стосовно віку кандидата на посаду Прем'єр-міністра України. Як окрема вимога віковий ценз не зазначається, хоча дискусії з цього приводу в науковій літературі ведуться.

Так З.С. Макарова пропонує з огляду на особливу політичну роль Глави Уряду закріпити мінімальний віковий ценз на рівні тридцяти п'яти років. З висловленою думкою можна не погодитися, адже вік в тридцять п'ять років конституційно закріплений за кандидатом на посаду Президента України. Прирівнювати навіть у віковому цензі ці дві посади не варто. З іншої сторони залишати можливість призначати не досвідченого Главу Уряду теж безвідповідально. Вважаю, що в даному разі можна говорити про вік в 25–30 років, або краще взагалі вік не згадувати, а ставити вимогу про стаж роботи на державній службі не менше п'яти років.

Крім того, варто також говорити не стільки про вік на вступ на посаду Прем'єр-міністра України як про граничний вік перебування на даній посаді. Вважаємо, що доцільно було б законодавчо передбачити такий граничний вік у шістдесят п'ять років. До речі нині чинний Прем'єр-міністр України керує роботою Уряду у віці вже шістдесяти шести років і як бачимо не користується ні підтримкою суспільства ні ефективною роботою Кабінету Міністрів України, а останні події із застосуванням до мирних протестувальників сили органами внутрішніх справ свідчить про повну втрату керівництва підпорядкованими ланками органів виконавчої влади.

Ще однією законодавчою вимогою до Прем'єр-міністра України як і до інших членів Кабінету Міністрів України є вища освіта. Варто підтримати думку В.А. Мальцева, що людина, яка очолює орган державної влади, передусім має бути компетентною, що повинно визначатися її особистими якостями, професійною, інтелектуальною та моральною компетенцією. Питання вищої освіти потрібно в даному випадку розуміти як освіту 3–4 рівня акредитації з освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра.

Володіння державною мовою теж визначена законодавчо вимога. Застереження викликає лише обсяг володіння, адже чинний Прем'єр-міністр України М.Я. Азаров теж вважає, що він володіє державною мовою, а для пересічного українця – це знущання та цинічна неповага до рідної мови. З огляду на це вважаємо, що кандидат на посаду Прем'єр-міністра України в переліку документів, які подаються Президентом України до Верховної Ради України повинен подавати і результати іспиту із знання державної мови.

Останньою законодавчою вимогою для Прем'єр-міністра України є відсутність судимостей і відсутність накладення адміністративних стягнень протя-

гом останнього за вчинення корупційних правопорушень. Вважаємо, щодо вчинення корупційних правопорушень для зайняття посади Прем'єр-міністра України на відмінну від інших членів Кабінету Міністрів України має бути встановлений більш високий строк, наприклад в три роки.

Крім визначених вище законодавчих вимог до Прем'єр-міністра України, які потребують суттєвого реформування та коректування необхідно додати ще кілька вимог. По-перше це вимога постійного проживання на території України протягом останніх п'яти років, адже очолювати уряд, який виробляє державну політику у всіх галузях суспільного життя може особа, яка безпосередньо проживає на території нашої держави.

По-друге це вимога підтримки парламентом України – Верховною Радою не тільки кандидатури на посаду Прем'єр-міністра України, але і запропонованої ним Програми діяльності Уряду – Кабінету Міністрів України. В літературі наводиться ще думка про складення присяги і відповідальність за її порушення, але думаю що в реаліях української держави це носитиме більше формальний характер та не спонукатиме Прем'єр-міністра України до більш професійної та конструктивної діяльності.

Отже, яка бачимо ті вимоги, які на сьогодні закріплені в Законі України «Про Кабінет Міністрів України» для членів Кабінету Міністрів в частині зайняття посади Прем'єр-міністра України є не до кінця обґрунтованими та не відповідають в повній мірі суті та призначенню даного інституту влади.

ПРАВОВА ДОКТРИНА У ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

М. Мочульська
Львівський національний університет імені Івана Франка

Правова доктрина як особливе правове явище здійснює фактичний вплив на функціонування судової системи України, в тому числі займає особливе місце у діяльності Конституційного Суду України.

Вагома роль правової доктрини зумовлена рядом чинників та спостерігається у різних формах, вияв та аналіз яких і є метою цього дослідження.

В першу чергу вплив правової доктрини на діяльність Конституційного Суду України зумовлений персональним складом цієї судової інстанції, адже більшість суддів Конституційного Суду України є науковцями, кандидатами чи докторами юридичних наук та здійснюють наукові дослідження у тій, чи іншій галузі правової науки. Закон України «Про Конституційний Суд України» серед вимог до судді Конституційного Суду України передбачає наявність стажу

© Мочульська М., 2014

практичної, наукової або педагогічної роботи за фахом не менше десяти років. Законодавець фактично прирівнює стаж практичної діяльності до наукового стажу у галузі права. Така вимога стосується лише суддів Конституційного Суду України, адже для кандидата на посаду судді суду загальної юрисдикції встановлюється вимога щодо стажу роботи у галузі права.

Багато відомих науковців-конституціоналістів є, або були суддями Конституційного Суду України та безперечно застосовували у своїй діяльності доктрину, розробниками, чи прихильниками якої вони є. Адже правова доктрина впливає на формування правосвідомості науковців-правників, які її досліджують, або ж створюють. Безперечно це обумовлює лише опосередкований вплив правової доктрини на діяльність Конституційного Суду України.

Аналіз структури Конституційного Суду України свідчить про актуальність та фактичне використання суддями Конституційного Суду України у своїй діяльності наукової інформації.

Так, суддя Конституційного Суду України має наукового консультанта (ст. 25 ЗУ «Про Конституційний Суд України»). При Конституційному Суді України діє Секретаріат КСУ, який поряд з організаційним, інформаційно-довідковим забезпечення діяльності Конституційного Суду України здійснює науково-експертне забезпечення діяльності Конституційного Суду України. Також у складі Конституційного Суду України діє постійна комісія з питань наукового та інформаційного забезпечення. При Конституційному Суді України може бути утворена Науково-консультативна рада (§ 73 Регламенту Конституційного Суду України, затвердженого рішенням Конституційного Суду України від 5 березня 1997 року).

У складі Секретаріату КСУ діє Управління правової експертизи, яке готує наукові експертні висновки, в яких проводить науковий аналіз історії питання, понятійного апарату, доктрин, зокрема досліджує наявність різних наукових підходів до тих чи інших питань, які є предметом розгляду Конституційного Суду України.

Відповідно до Регламенту Конституційного Суду України суддя-доповідач у справі направляє конституційні подання, конституційні звернення Управлінню правової експертизи Секретаріату Конституційного Суду України для підготовки науково-експертного висновку у визначений строк (§ 13 Регламенту Конституційного Суду України).

За період 1997–2011 років управлінням підготовлено понад 450 науково-експертних висновків. Як слушно зауважує В. Кампо, «це велика робота, яка є важливою складовою системи наукового забезпечення юрисдикційної діяльності Суду, зокрема експертно-аналітичної роботи суддів під час формування ними наукових і правових позицій у процесі підготовки, обговорення та ухвалення рішень і висновків Суду». Наукові експертні висновки стосовно питань, що розглядаються Конституційним Судом, можуть подаватися й іншими науковими та навчальними установами.

Законодавець, прагнучи забезпечити повноту розгляду справи Конституційним Судом України, встановив, що під час підготовки справи, Конституцій-

ний Суд України в процесі провадження у справі в разі необхідності призначає експертизу в справі і вирішує питання щодо залучення до участі в конституційному провадженні експертів.

Також передбачається право викликати експертів особисто у процесі провадження для забезпечення об'єктивного і повного розгляду справи (ст. 54 ЗУ «Про Конституційний Суд України»).

Хоча зазначені висновки мають факультативний характер та судді Конституційного Суду України можуть не погодитися з ними, однак їх вплив не варто недооцінювати.

На вплив правової доктрини на діяльність Конституційного Суду України звертає увагу М. Савчин стверджуючи, що Конституційний Суд враховує матеріали порівняльно-правового аналізу (вони можуть містити загальновизнані принципи міжнародного права чи прийнятий зарубіжний досвід), думку авторитетних фахівців (доктрину), звичайну практику здійснення певних процедур (звичай).

Прикладом цього є одне з рішень Конституційного Суду України, в якому заходимо таке положення: «…свої позиції щодо питань, порушених у конституційному поданні, висловили Президент України, Верховна Рада України, Міністерство юстиції України, Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, Львівський національний університет імені Івана Франка. Так, науковці Київського юридичного інституту МВС України, Львівського національного університету імені Івана Франка, Національної академії внутрішніх справ України, Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича дійшли висновку про неконституційність положень статті 69 Кодексу. Проте в Київському національному університеті імені Тараса Шевченка, Львівському юридичному інституті МВС України, Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого дотримуються протилежного погляду: норми статті 69 Кодексу не суперечать Конституції України. Вчені Одеської національної юридичної академії вважають, що положення статті 69 Кодексу не відповідають закономірностям диференціації кримінальної відповідальності та принципу рівності у кримінальному праві».

В цьому випадку Конституційний Суд України взяв до уваги міркування основних правничих шкіл, а також відобразив їх у тексті рішення. У рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) знаходимо правову доктрину, що стосується співвідношення понять «обсяг» та «зміст» прав людини: «У традиційному розумінні діяльності визначальними поняття змісту прав людини є умови і засоби, які становлять можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. Обсяг прав людини – це їх сутнісна властивість, виражена кількісними показниками можливостей людини, які відображені відповідними правами, що не є однорідними і загальними. Загальновизнаним є правило, згідно з яким

сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена.» У цьому рішенні положення правової доктрини відображаються без посилання на наукове джерело.

Наведення положень правової доктрини знаходимо і в окремих думках, які висловлюють судді Конституційного Суду.

Наприклад, окрема думка судді Конституційного Суду України Ткачука П.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої, третьої, четвертої статті 219 Регламенту Верховної Ради України (справа про Регламент Верховної Ради України) містить посилання на правову доктрину: «У теорії права щодо цього існує усталена думка і вважається, що законом як нормативно-правовим актом, що має найвищу за конституцією юридичну силу, повинні регулюватися найбільш важливі суспільні відносини, основні питання життя держави».

Інколи судді Конституційного Суду України не тільки узагальнено відображають положення правової доктрини, а й зазначають посилання на конкретні наукові праці. Наприклад, окрема думка судді Конституційного Суду України Савенка М.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України) містить посилання на наступні наукові джерела: Алексеев С.С. Общая теория права. Т II. – М., 1982. – С. 242.; Митюков М.А. Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. – М., 1998. – С. 98.; Тодыка Ю.М., Яворский В.Д. Президент Украины: конституционно-правовй статус. – Х., 1999. – С. 53.; Сахаров А.А. Институт президентства в современном мире. – М., 1994. – С. 21.

Отже, правова доктрина здійснює опосередкований вплив на діяльність Конституційного Суду України. Прояв такого впливу насамперед вбачається у відтворенні в рішеннях Суду та окремих думках суддів положень правової доктрини (як з посиланням на наукове джерело, так і узагальнено без вказівки на автора), врахування експертних висновків провідних наукових та навчальних установ, залучення в якості експертів окремих науковців-правників.

ВИБОРЧІ СИСТЕМИ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ

І. Панкевич

Львівський національний університет імені Івана Франка

Істотну роль у кожній державі відіграє використовувана у процесі проведення виборів виборча система, яка є основним механізмом реалізації принципу

© Панкевич І., 2014

політичного представництва. В науковій літературі проблемні аспекти використання виборчих систем досить ґрунтовно висвітлені у працях багатьох вітчизняних та зарубіжних науковців. Проте й досі складно говорити про «уніфіковану» точку зору з цього питання. Вибір виборчої системи при проведенні виборів є важливим питанням, яке часто спонукає до гострої дискусії. Адже саме від виборчої системи у значній мірі залежать результати виборів. Демократичні держави часом змінюють свої виборчі системи. Найбільш стабільними є держави «атлантичної» англо-американської традиції. У континентально-європейській політичній традиції, до якої належить й Україна, регулярна зміна виборчої системи є нормальним явищем.

Не вдаючись до детальної характеристики типів виборчих систем, проаналізуємо їхні позитивні та негативні риси. Так, на підставі проведеного аналізу можна зробити висновок, що мажоритарна виборча система відносної та абсолютної більшості не може повністю забезпечити реалізації демократичного принципу політичного представництва, оскільки у процесі їхнього застосування спостерігаються наступні негативні явища:

1) на рівні виборчого округу частина виборців немає представництва у органах представницької влади;

2) на загальнодержавному рівні спостерігається різниця між загальною кількістю виборців, що проголосувала за конкретну політичну партію, та кількістю отриманих цією партією мандатів;

3) не є реалізованим постулат рівного представництва у виборчих округах.

Позитивною з точки зору демократичного представництва рисою застосування мажоритарних виборчих систем є те, що застосування мажоритарної системи відносної та абсолютної більшості забезпечує безпосереднє (пряме) представництво жителів відповідного виборчого округу.

Пропорційна виборча система є більш демократичною системою та дозволяє у більшій ніж мажоритарна система мірі забезпечити реалізацію демократичного принципу політичного представництва, оскільки:

1) застосування пропорційної системи дозволяє більшій кількості виборців мати представництво їхніх інтересів у представницьких органах влади за допомогою кандидатів (партій), за яких вони віддали свої голоси. Таким чином ця система забезпечує ширше представництво різних суспільних груп;

2) застосування пропорційної системи дозволяє досягнути найбільшої відповідності отриманих політичною партією кількості голосів виборців до кількості отриманих цією партією представницьких мандатів;

3) пропорційна виборча система позитивно впливає на стабільність державного управління.

Однак при застосуванні пропорційної виборчої системи закладений у ній рівень демократичності може відрізнятися у залежності від застосовуваного виду пропорційної системи. У цій ситуації необхідно взяти до уваги наступні аспекти:

1) при одному і тому ж самому поділі голосів виборців між партійними списками результати виборів можуть відрізнятися у залежності від застосовуваного способу та методу пропорційного поділу мандатів;

2) пропорційна система «м'яких» списків у порівнянні із системою «жорстких» списків є більш демократичною тому, що дозволяє виборцям повніше виразити свої уподобання не тільки по відношенню до політичних партій, але й по відношенню до відповідних кандидатів із списків цих політичних партій.

Безсумнівною позитивною рисою застосування пропорційної або ж змішаної пропорційно-мажоритарної виборчої системи у нашій державі є передовсім те, що політичні партії отримали можливість реального впливу на суспільне життя, оскільки істотно зросла їхня політична роль. Проте не менш важливим є те, чи у своїй діяльності партії роблять достатній акцент на стратегічних інтересах держави. На сьогодні в Україні спостерігається істотна регіоналізація держави, наслідком якої є те, що партії стають інструментами у руках окремих регіональних політичних та економічних еліт.

Позитивною рисою пропорційної виборчої системи є те, що у випадку її застосування склад парламенту повніше відповідає результатам голосування виборців. Тому повернення у парламентських виборах 2012 року до змішаної виборчої системи є кроком назад. Адже при застосуванні «чисто» пропорційної виборчої системи складніше вчиняти виборчий підкуп чи примушувати до голосування, що часто має місце в одномандатних виборчих округах. Однак пропорційна виборча система має, на нашу думку, крім позитивних, також негативні риси. Зокрема обмеження пасивного виборчого права шляхом селекції та прийняття рішення партійними лідерами щодо висунення кандидатури обмежує пасивне виборче право громадянина, змушуючи його вступати до партії чи блоку політичних партій. Тому повернення у парламентських виборах 2012 року до змішаної виборчої системи, попри усі її вади, дозволило вести мову про те, що обсяг пасивних виборчих прав українських громадян було розширено за рахунок скасування своєрідного «політичного кріпацтва», адже кожен громадянин отримав право на самовисунення без його підтримки зі сторони політичної партії. Істотним недоліком використання пропорційної виборчої системи у парламентських виборах є також і те, що вона призводить до позбавлення багатьох регіонів представництва у парламенті.

Пропорційна, а також змішана виборчі системи мають достатньо як позитивних, так і негативних рис. Тому слід вести мову про запропонування варіантів найповнішого використання їхніх позитивних рис. Наприклад, доцільним було б запровадити в українських парламентських виборах так звані відкриті виборчі списки, коли, голосуючи за партійний список, виборець також визначає свої преференції усередині цього списку. Це дозволило б визначати не тільки політичні, але й особисті уподобання виборців, які підтримуючи відповідну політичну силу, вказували б також на реальних, а не «призначених» за вказівкою зверху лідерів виборчих перегонів.

ФАКТИЧНА КОНСТИТУЦІЯ ЯК СКЛАДОВА ПРЕДМЕТУ СОЦІОЛОГІЇ КОНСТУЦІЙНОГО ПРАВА

С. Рабінович

Львівський національний університет імені Івана Франка

«У реальності все не так, як насправді». Цей вислів нині залишається слушним для України, як і для багатьох пострадянських держав і при цьому повною мірою стосується реальності конституційно-правової, вказуючи на відмінність конституційної (політичної) практики від норм писаного права. Реальність, що постає з текстів конституційних актів, виданих органами публічної влади, а також з текстів, у яких ці акти, в сукупності з ідеями діячів європейського Просвітництва, стають об'єктами рефлексії, зазвичай має доволі незначний зв'язок із українською політичною дійсністю. Ця обставина легко усвідомлюється при зверненні до інформаційно-політичних тижневиків, мова яких подекуди є просто несумірною з професійною мовою «конституційно-правової реальності». Однак, як не дивно, побутове й жаргонно-метафоричне слововживання іноді здатне точніше відобразити сутнісні аспекти політичної дійсності, аніж термінологічний апарат юридичної догматики. У контексті політичних реалій «транзитивного суспільства» поняття народного суверенітету, конституціоналізму тощо сприймаються здебільшого як форми правової демагогії, яка, за слушним зауваженням В.М. Баранова, є значно більш небезпечним проявом тіньового права, аніж інвективна лексика.

Ту політичну дійсність, яка, з одного боку, існує автономно від формально-юридичної конституційної реальності, а з іншого, перебуває з нею в тісному зв'язку відображає поняття фактичної конституції.

Проблемам фактичної (неписаної) конституції зазвичай відводиться доволі незначне місце у конституційно-правовій науці, що значною мірою зумовлюється вже самою складною, полісистемною природою відображуваних цим поняттям феноменів, які належать до соціально-еміпричного виміру правової реальності, до рівня «правового життя» (Р. Єринг, Н. Гредескул, М. Алєксєєв та ін.).

Фактична конституція належить до основних об'єктів дослідження конституційної соціології (складової загальної соціології) і соціології конституційного права (складової правознавства). При цьому розробка понятєво-категоріального апарату, необхідного для опису й пояснення механізмів дії фактичної конституції, вимагає об'єднання зусиль низки відносно самостійних суспільних наук, зокрема конституційного права та низки інших галузо-правових наук, політології, соціології, антропології, культурології та ін., а також міждисциплінарних напрямів (соціології політики, політичної антропології, соціології моральності, економічної соціології, кратології та ін.), що потребує багаторівневого інтернаукового синтезу.

У панівній конституційній доктрині поняттю фактичної конституції надається службове щодо поняття юридичної конституції значення, оскільки перше слугує насамперед пізнавальним інструментом виміру ступеня фіктивності

© Рабінович С., 2014

юридичної конституції. Відповідно для того, щоби виявити фактичну конституцію, слід зокрема, знайти в політичній реальності характеристики держави, формалізовані, зафіксовані у писаних конституціях (форми правління, державного устрою, державного режиму, порядку утворення й функціонування, органів публічної влади тощо). Такий підхід дозволяє доповнити уявлення про формально-юридичний стан речей інформацією про реальну конституційну практику. Проте вже сам спосіб віднаходження відносин фактичної конституції тут спонукає до того, аби розглядати їх насамперед як результат виконання чи невиконання, дотримання чи недотримання юридичної конституції.

Не намагаючись применшити значення поваги до юридичної конституції, звернемо увагу на те, що подібне «службове» розуміння фактичної конституції перешкоджає створенню цілісного й багатомірного образу політико-правової реальності, звільняючи дослідника від необхідності пізнання власних закономірностей розвитку реальності, упорядковуваної за посередництвом юридичної конституції.

Соціоцентрична інтерпретація поняття фактичної конституції ґрунтується на визнанні впорядкованості, самоорганізації, системності в суспільному житті. Таку впорядкованість відображають поняття суспільного устрою, соціального порядку, суспільного ладу, державного ладу, конституційного ладу (за умови соціологічного трактування останнього).

Зупинимось на низці моментів, які видаються значущими для структурування предметної сфери соціолого-правових досліджень фактичної конституції та їх основних напрямків.

Базовими для соціоцентричного осмислення фактичної конституції можуть виступати поняття системи основоположних соціальних установлень, які діють у сфері здобуття і використання політичної влади у суспільстві. Йдеться про інститути, які виступають формами впорядкування, нормативними регуляторами суспільного ладу й зокрема діяльності, пов'язаної з політичним володарюванням.

При цьому остання може розглядатись як процес обміну і розподілу специфічних політично-значущих благ, основними з яких є владно-політичні ресурси (політична влада і політичний вплив). У процесі обміну останні конвертуються в ресурси іншого роду (матеріально-фінансові, адміністративні, символічні тощо). Обмінно-розподільча система може набувати ринкових, централізовано-ієрархічних або ж специфічних гібридних форм, які в соціологічній літературі позначаються термінами «адміністративний ринок» (С. Кордонський, В. Найшуль та ін.) і «бюрократичний ринок» (Дж. М. Б'юкенен, Дж. Таллок).

Соціолого-правовий аналіз системи обміну і розподілу політично-значущих благ вимагає розгляду трьох блоків взаємопов'язаних питань: «хто», «що» і «як».

Відповідь на питання «хто» потребує встановлення, в інтересах яких соціальних груп чи осіб здобувається і використовується політична влада, які особи, через які органи державної влади, через які об'єднання і організації здійснюють її. До суб'єктів фактичних конституційних відносин належать номінальні учасники відповідних правовідносин, а також особи та їх групи, які в законодавстві і докт-

рині називаються «близькими», «пов'язаними», «групами інтересів», «групами тиску» тощо. Специфіка міжсуб'єктних зв'язків у політичних відносинах задається характером реальних залежностей між їх учасниками – формально-інституційним, неформально-особистісним чи неформально-безособовим (формально-юридичне підпорядкування; особистісна, сімейна, родинна залежність, свояцтво тощо; майнова, інформаційна чи інша безособова залежність або їх поєднання). Звичаєві норми тут здебільшого визначають зміст взаємних зобов'язань, які зумовлюються тим чи іншим видом залежності.

Відповідь на питання «що» вимагає якісної та кількісної оцінки владних ресурсів, які виступають об'єктами обміну і розподілу. Характер і обсяг таких ресурсів визначає реальні чи потенційні владні можливості учасників обмінно-розподільчої системи. Неоднорідність благ, задіяних в обмінних відносинах, зумовлює можливість виокремлення не тільки владно-політичних, але й інших (владно-майнових, владно-інформаційних тощо) видів взаємодій. Особливе значення мають форми конституційно-правової чи іншої формально-юридичної фіксації виду й обсягу відповідних ресурсів, форм їх закріплення між певними особами, а також взаємозв'язок офіційних і неофіційних форм їх обігу.

З огляду на це ключовим для соціології конституційного права стає питання «як». Відповідь на нього передбачає аналіз реально діючих принципів, норм і практик використання владних ресурсів, механізмів і процедур соціальної регуляції (саморегуляції), передовсім у сфері політичного процесу. Тут же слід вести мову й про механізми і форми представництва політичних інтересів соціальних груп і окремих осіб.

Реальні політичні практики діють в рамках офіційних державно-юридичних інститутів (призначень, виборів, кооптації тощо) та/або низки неофіційних звичаєвих форм (зокрема кумівства, клієнтелізму, фаворитизму, трайбалізму; особистих, особисто-політичних, майново-політичних та ін. зобов'язань). Такі зобов'язання за механізмами впливу на поведінку учасників належать до юридичної та до інших, суміжних із нею соціонормативних сфер: звичаєвого права, «інфраправа» (Ж. Карбоньє), політичної і загальної моральності. Інструментами легалізації політичних та інших пов'язаних із ними інтересів слугують політичні, зокрема конституційно-правові (виборчі, парламентські, судові та ін.) технології. Вивчення способів включення публічно-правових актів у механізми політичних технологій нині слід визнати найбільш актуальними напрямками соціолого-правових розвідок.

Аналіз існуючої системи обміну і розподілу політично-значущих благ видається необхідною передумовою для розв'язання низки проблем, пов'язаних із процесом включення в соціонормативну систему України формально-інституційних елементів конституціоналізму. Відповідно до сформованих уже в радянський період основних напрямів соціолого-правових розвідок (С.В. Савчук), останні в аспекті проблематики фактичної конституції стосуються трьох груп взаємопов'язаних питань: соціальна зумовленість конституційно-правового регулювання; соціальний механізм дії конституційного права; ефективність конституційно-правового регулювання. Як уже відзначалось, аналіз

означених проблем потребує співпраці представників цілої низки суспільних наук, що є доволі ускладненим в умовах галузевої спеціалізації. Проте, гадаємо, така складність не повинна стати перешкодою для поступового руху в цьому напрямку з боку як власне юридичних, так і інших гуманітарних наук. Адже тільки таке об'єднання створює перспективу досягнення міжгалузевого синтезу, який дозволив би дати цілісну й динамічну картину політико-правової дійсності. Саме на такій основі може відбутись раціоналізація закономірностей функціонування суспільно-політичного ладу такого, яким він є насправді. Можливо, саме тоді й зможе розпочатись перехід до науково обґрунтованої правової політики держави.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

І. Софінська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Коли говоримо про міжнародні стандарти місцевого самоврядування, то, зазвичай, маємо на увазі норми у сфері місцевого самоврядування, які передбачені у міжнародних нормативно-правових актах та імплементовані у національне законодавство з метою регламентації ефективної взаємодії інститутів місцевого самоврядування між собою та органами держави. В основу цих міжнародних нормативно-правових актів закладено прагнення досягнути розвитку територіальних громад та покращення добробуту місцевих мешканців на підставі вирішення питань місцевого значення на рівні їх виникнення. Зокрема, така мета міжнародних стандартів місцевого самоврядування є безпосередньо передбачена у преамбулі Європейської хартії місцевого самоврядування, прийнятої Комітетом Міністрів Ради Європи у Страсбурзі у червні 1985 р., де згадується прагнення досягти «більш сильної єдності» між державами.

На переконання багатьох українських та європейських учених у галузі місцевого самоврядування (М. Баймуратов, О. Батанов, Ф.-Л. Кнемеєр, В. Куйбіда, В. Толкованов) про важливість положень Європейської хартії місцевого самоврядування 1985 р., у яких визначені європейські стандарти місцевого самоврядування, свідчить, принаймні, їхня політико-правова природа як своєрідного «еталона» у вирішенні питань місцевого самоврядування, а також одного із очевидних результатів інтеграційних процесів, що проходять у Європі. Вчені неодноразово наголошують, що саме цей документ створює справжній політико-правовий простір для ефективної муніципальної діяльності органів місцевого

© Софінська І., 2014

самоврядування на сучасному етапі та демократичного реформування місцевого самоврядування у Європі в цілому.

Загалом, всі 47 держав-учасниць Ради Європи підписали та ратифікували Європейську хартію місцевого самоврядування з 1985 р. і до тепер, а останньою стала республіка Сан-Маріно, яка підписала Хартію 16 травня 2013 р., ратифікувала 29 жовтня 2013 року і чинною Хартія у цій державі стане 1 лютого 2014 року. Однак, як зазначає В. Куйбіда, незважаючи на конституційні зауваги щодо розвитку місцевого самоврядування, труднощі щодо реалізації положень Хартії *de facto* були спричинені, насамперед, тим, що опублікування її офіційного перекладу вперше відбулося лише у 2002 році, а тому *de facto* Хартія з часу її ратифікації не набула чинності, оскільки «жоден судовий орган не міг послатися на її положення».

Варто нагадати, що Україна ратифікувала Хартію у повному обсязі без застосування жодних зауважень, застережень чи декларацій, так як і Боснія і Герцеговина, Ісландія, Литва, Люксембург, Македонія, Молдова, Норвегія, Польща, Португалія, Росія та Фінляндія. Стаття 12 Хартії зобов'язує кожну державу-підписанта Хартії «вважати для себе обов'язковими принаймні двадцять пунктів частини І цієї Хартії, яку називають «статутарною», з яких 10 пунктів повинні бути обрані кожною державою для обов'язкового і неухильного дотримання, зважаючи на свої особливості. Саме ці пункти і є міжнародними стандартами місцевого самоврядування, імплементація яких у національне законодавство та забезпечення їх територіального використання можуть стати підставою для застосування державою декларацій та застережень. На відміну від України, такі європейські держави як Австрія, Бельгія, Данія, Німеччина, Іспанія, Італія, Об'єднане Королівство, Франція чи Швейцарія ратифікували Хартію, використовуючи декларації (зокрема, Греція не застосовує положення ст. 5, 7 (2), 8 (2), 10 (2), Іспанія – ст. 3 (2), Кіпр та Франція – ст. 7 (2), Мальта – ст. 7 (2), 9 (4–6), Нідерланди – ст. 7 (2), 8 (2), 9 (5), 11, Чехія – ст. 4 (5), 6 (2), 7 (2), 9 (3, 5, 6)). У Данії дія Хартії не поширюється на Гренландію та Фарерські острови, у Грузії – на Абхазію та Цхінвалі, а у Нідерландах, на противагу, Хартія застосовується лише на європейській материковій частині Королівства.

Якщо ж детальніше, то положення Хартії, хоч і є здебільшого рекомендаційного характеру, однак, передбачають обов'язкове застосування міжнародних стандартів місцевого самоврядування державами-учасницями Ради Європи, основними з яких є такі:

– концепція місцевого самоврядування (передбачає конституційне чи принаймні законодавче декларування того визначення, яке у ст. 3 (1) висвітлюється як «право і реальна спроможність органів місцевого самоврядування здійснювати регулювання і управління значною часткою громадських (суспільних) справ, діючи в межах закону, під свою відповідальність (або які належать до їхньої компетенції) і в інтересах місцевого населення»);

– партисипативна демократія (визначається у ст. 3 (2) як демократія участі місцевих мешканців у вирішенні питань місцевого значення на рівні їх виникнення (саме місцевому рівні), а також у прийнятті управлінських рішень як безпосередньо,

так і за допомогою представницьких органів місцевого самоврядування, яскравими прихильниками такого трактування є письменники (О. Уайлд, Е. Ґолдмен, Р. Осборн, Дж. Орвелл), філософи (С. Вей, М. Ганді,) і політики (Л. Валенса, В. Гавел, К. Росс, Дж. Фішкін));

– муніципальна автономія (визначається у таких трьох її складових як територіальна (ст. 5), організаційно-правова (ст. 4) та матеріально-фінансова самостійність (ст. 9) та незалежність органів місцевого самоврядування);

– децентралізація та деконцентрація повноважень (передача (організаційна, функціональна та територіальна; адміністративна, фінансова і політична) і делегування повноважень, які полягають у розширенні та зміцненні прав і повноважень органів місцевого самоврядування нижчого територіального рівня при одночасному звуженні прав і повноважень місцевих органів державної виконавчої влади);

– принцип субсидіарності (у ст. 4 (3) йдеться про принцип адекватного та ефективного розподілу владних повноважень між органами місцевого самоврядування різного територіального рівня, коли орган місцевого самоврядування вищого територіального рівня може втручатись у виконання повноважень органами місцевого самоврядування нижчого територіального рівня лише у тому випадку, якщо орган місцевого самоврядування нижчого територіального рівня не здатний самостійно або повністю виконати свої повноваження і тому звертається з проханням надання допомоги з метою максимально ефективного виконання ним своїх повноважень);

– місцеві фінанси (згідно із ст. 9 це фінанси територіальних громад, тобто це систему формування, розподілу і використання фінансових ресурсів для забезпечення виконання органами місцевого самоврядування покладених на них функцій і завдань, як власних, так і делегованих);

– міжмуніципальна співпраця, сталий розвиток територіальних громад та добре врядування тощо.

Додатково до положень Хартії, кожен європейський стандарт місцевого самоврядування є предметом аналітичних звітів моніторингових груп Ради Європи, результат яких, зазвичай, стає підставою для створення численних конвенцій та хартій, а також резолюцій, рекомендацій та думок.

Як висновок, варто нагадати про мету міжнародних стандартів місцевого самоврядування: «бути для всіх націй стандартом, до якого слід прагнути, намагаючись досягти більш демократичного процесу, покращуючи добробут свого населення». А тому переконані, що розвиток місцевого самоврядування України безпосередньо залежить від повної імплементації європейських стандартів місцевого самоврядування не лише *de jure*, але й *de facto*, на підставі ефективного застосування яких територіальна громада як безпосередньо, так і завдяки діяльності своїх представницьких та виконавчих органів, їхніх посадових осіб, зможе забезпечити благополуччя місцевих мешканців шляхом вирішення питань місцевого значення на рівні їх виникнення.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕРЕАЛІЗАЦІЮ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Т. Тищук

Львівський національний університет імені Івана Франка

Необхідною ознакою демократичної, соціальної, правової держави є здійснення судової конституційної юрисдикції, сутність якої полягає в юридичній перевірці судом правових актів вищих органів держави на відповідність конституції та визнанні їх у разі неконституційності нечинними.

Конституційний Суд України здійснює свої повноваження шляхом ухвалення рішень (*Конституційний Суд України може реалізувати свої повноваження і іншими способами. Наприклад, прийняття ухвали, дача висновку, витребування додаткових матеріалів, відмова у відкритті провадження тощо. Проте, ми будемо розглядати саме таких аспект здійснення Конституційним Судом України своїх повноважень*). Правова природа рішень Конституційного Суду України нерозривно пов'язана з його місцем в механізмі держави, особливостями правового регулювання його діяльності. Проте, до повноважень Конституційного Суду України, у результаті здійснення яких ухвалюються рішення, належить не лише визнання актів нечинними, а й офіційне тлумачення Конституції та законів України.

Рішення Конституційного Суду України – це правовий акт органу конституційної юрисдикції, ухвалений ним на пленарному засіданні, у процесі здійснення конституційного правосуддя, шляхом опитування суддів у справах щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів та інших правових актів, і щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України. Рішення Конституційного Суду України є логічно-обумовленим, структурно-визначеним, змістовно-навантаженим актом, одним із інструментів в руках єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні за допомогою якого гарантується верховенство Конституції України як Основного Закону держави на всій території України.

Виходячи із вищенаведеного стає зрозумілим необхідність та важливість висвітлення питання реалізації та нереалізації рішень Конституційного Суду України та їх законодавчого регулювання, чіткого визначення відповідальності за нереалізацію рішень Конституційного Суду України тощо.

Насамперед, реалізація рішень Конституційного Суду України – це необхідний процес їх здійснення (втілення у життя) суб'єктами конституційно-правових відносин у відповідній формі, яка зумовлена їх змістом та випливає із правової природи рішень Конституційного Суду України, шляхом правомірних дій (бездіяльності) суб'єктів реалізації. Відповідно, нереалізація рішень Конституційного Суду України – це зворотне явище, яке вказує на відсутність втілення рішення у життя та несе у собі негативні наслідки по відношенню до процесу конституційного правосуддя, суб'єктів процесу та авторитету самого Конститу-

© Тищук Т., 2014

ційного Суду України як єдиного органу конституційної юрисдикції, органів державної влади та місцевого самоврядування, яким (та не тільки їм, а й всім суб'єктам конституційно-правових відносин на всій території України) безпосередньо Конституція України як Основний Закон Української держави вказує на обов'язковість реалізації рішень Конституційного Суду України.

Нереалізація рішень Конституційного Суду України може проявлятися різними способами. Наприклад, відсутність процесу як такого, або його порушення, реалізація рішення не відповідними суб'єктами, або не у повній мірі, не завершення процесу реалізації, реалізація не за відповідною формою, не можливість реалізації опосередкованим суб'єктом до поки не відбудеться реалізація безпосереднім суб'єктом тощо. Насправді прикладів можна наводити безліч, проте зводитись завжди буде до одно і того ж – нереалізація рішень Конституційного Суду України – це порушення процедури реалізації рішення!

Чому так?

Механізм реалізації рішень Конституційного Суду України складається із чотирьох елементів – форма реалізації рішення, суб'єкти реалізації, процедура реалізації та відповідальність за нереалізацію рішення. Всі елементи одночасно є окремим предметом розгляду, але одночасно і спорідненими, що випливає із самої природи рішень Конституційного Суду України. Два перших елементи (форма і суб'єкти) є окремими, але при тому випливають один із одного і впливають на саму ж процедуру реалізації рішення. При цьому, процедура реалізації рішення є самостійним елементом механізму реалізації рішення із особливостями та принципами здійснення, проте на неї буде мати вплив наявність двох передніх елементів механізму реалізації рішення Конституційного Суду України. До прикладу, нереалізація рішення може відбутися шляхом порушення процедури (винесення рішення суду на підставі тлумачення законодавства, яке суперечить рішенню Конституційного Суду України), проте для того, щоб ця процедура була порушена мають відбутися дії суб'єкта. Тобто процедура реалізації рішення Конституційного Суду України, по при свою самостійність, є об'єднуючим елементом механізму реалізації рішень.

Питання відповідальності за нереалізацію рішення Конституційного Суду України в Конституції України не розглядається. В Основному Законі Української держави можна лише спостерігати вказівки на обов'язковість до виконання (реалізації (*ми не ототожнюємо ці поняття (виконання і реалізація), проте в силу об'єктивного трактування та аналізу Конституції України та чинного законодавства України вважаємо, що законодавець мав на увазі саме реалізую рішень як сукупній процесу здійснення рішення, а не виконання як одну із форм цього процесу. Проте дане питання досліджується у інших роботах автора*) рішення, його остаточність і неоскаржуваність тощо.

Єдина вказівка на відповідальність за нереалізацію рішення Конституційного Суду України передбачена ч. 4 ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України»: «Невиконання рішень та недодержання висновків Конституційного Суду України тягнуть за собою відповідальність згідно з законом». З моменту прийняття Закону України «Про Конституційний Суд Украї-

ни» до сьогодення не прийнято такого закону (який би регулював питання відповідальності за нереалізацію рішень Конституційного Суду України), більше того аналізуючи внесені зміни до цього закону та проекти таких законопроектів жодного разу не було згадки про необхідність чіткого врегулювання цього питання. Дослідження, розкриття, з'ясування поняття та аналіз питання відповідальності за нереалізацію рішення Конституційного Суду України залишається прерогативою вчених-конституціоналістів.

Чітке встановлення (закріплення) процедури реалізації рішень Конституційного Суду України на законодавчому рівні є необхідним для належної реалізації кожного із його рішень, а встановлення відповідальності за порушення процедури реалізації стимулюватиме суб'єктів реалізації до неодмінного виконання власних обов'язків, передбачених Основним Законом Української держави.

За порушення Конституції України має наставати конституційна відповідальність, передбачена спеціальним законом. Такий закон був би необхідним у випадках забезпечення реалізації рішенець Конституційного Суду України, який би дав відповідь на питання, що виникають у разі нереалізації рішень Конституційного Суду України.

Діяльність Конституційного Суду України – це один із найважливіших факторів дотримання прав та свобод людини і громадянина в Україні, забезпечення законності та верховенства права. Конституційний Суд України виконує одне із основних завдань в державі, тому реалізація його рішень не може ґрунтуватися лише на його авторитеті, цього фактору недостатньо.

КОНСТИТУЦІЙНА ЕКОНОМІКА: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

В. Чорненький

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження питань, пов'язаних із розумінням поняття та змісту конституційної економіки, вже не є новим для вітчизняної науки. На даному етапі розвитку науки, згаданими питаннями займаються правники, історики, економісти, що разом з тим не може не свідчити про комплексність даного питання.

Стрімкий розвиток економічних відносин після здобуття Україною незалежності, по суті, зумовив необхідність створення певної моделі конституційно-правового регулювання економічних відносин. При цьому, вже перед прийняттям Конституції України у 1996 році перед її розробниками постало питання про необхідність врахування в її тексті певних вихідних положень

© Чорненький В., 2014

для розвитку економічних відносин держави, яка переорієнтовувалась на ринкову економіку. Виключно шляхом створення дієвого механізму правового регулювання економічних відносин, які базуватимуться на відповідних конституційних цілях і принципах, можна очікувати на розвиток соціально орієнтованої ринкової економіки, яка забезпечуватиме та збалансовуватиме соціальні інтереси індивідів, а також буде сприятливою для відстоювання економічних інтересів держави.

Економічна діяльність держави в перехідний період (від держав з перехідним ринком до держави з ринковою економікою) має зводитися до вироблення загальної та єдиної внутрішньої і зовнішньої економічної політики, а також стимулювання економіко-правовими способами економічного зростання і стабільності економічного курсу держави, а також вироблення соціальної політики і дієвих засобів захисту економічних та інших інтересів населення; визначення кола і правового статусу суб'єктів економічних відносин; правової регламентації порядку і способів вирішення спорів, які виникають у сфері економіки і встановлення юридичної відповідальності за порушення законодавства. О.В. Скупінський стверджує, що взаємодія економіки і державного ладу виявляє деякі закономірності. Серед них найбільш помітними є такі: 1) стабільність державного ладу залежить від відносного рівня розвитку, стійкості й перспективності економіки; 2) нерозвинена економіка перешкоджає формуванню стабільного державного ладу і застосуванню конституційно-правових принципів; 3) якщо держава не перебуває у стані війни чи в якихось надзвичайних обставинах, демократичний конституційний лад найкращим чином відповідає вільній високорозвиненій економіці.

О.В. Скупінський зазначає, що термін «конституційна економіка» був запроваджений в науковий обіг у 60-ті роки XX ст. для визначення певної групи наукових досліджень, що виникли з доволі давніх галузей економіки, що стосувалися так званого суспільного вибору. У 1990-ті роки конституційна економіка перетворилася на важливий напрямок наукових досліджень як у Західній Європі, так і в Північній Америці. У той час у світі масово відбувалися радикальні перетворення, що змусило перенести центр уваги дослідників із звичних проблем політичного вибору на інституційно-конституційну структуру, в межах якої цей вибір відбувається. Одним із засновників конституційної економіки вважається американський економіст Дж. Бьюкенен, удостоєний у 1986 р. Нобелівської премії з економіки «за дослідження договірних і конституційних засад теорії прийняття екологічних і політичних рішень». Сам Дж. Бьюкенен визначив її так: «Конституційна політична економія – це дослідницька програма, котра спрямована на вивчення чинних характеристик правил та інститутів, у межах яких взаємодіють індивіди, а також процесів, шляхом яких ці правила й інститути обираються чи виникають». Цей напрямок конституційного права є надзвичайно актуальним і має велике практичне значення, оскільки розбудова конституційних засад соціально орієнтованої ринкової економіки потребує міцної доктринальної бази, яка тільки-но починає формуватися. Крім того, саме життя демонструє необхідність подальшого розвитку міждисциплінарних

підходів, у тому числі ґрунтовних наукових досліджень на межі економіки і юриспруденції.

Дж. Бьюкенен також зазначав, що конституційна економіка враховує значний вплив політичних економічних рішень, на противагу обмеженню аналізу економічних відносин, як функцій динаміки розподілу «ринкових» товарів і послуг. «Політичний економіст», який прагне запропонувати нормативну пораду, повинен, за необхідності, зосередитися на процесі або структурі, в рамках якої політичні рішення мають бути прийнятими. Існуючі конституції, або структури, або правила, в контексті конституційної економіки повинні бути предметом критичного розгляду відповідних дослідників.

При цьому у юридичній науці є ряд поглядів на саме поняття конституційної економіки.

Так, П.О. Добродумов визначає конституційну економіку як науковий напрямок, що вивчає принципи досягнення максимально можливого в рамках національної економічної системи задоволення економічних і соціальних прав особистості шляхом оптимального поєднання економічної доцільності з досягнутим рівнем конституційного розвитку, відображених у нормах конституційного права, що регламентують економічну і політичну діяльність в державі.

Вже згадуваний О.В. Ступінський пропонує розглядати конституційну економіку як складне, багатоаспектне явище. У суб'єктивному сенсі вона являє собою перспективний напрямок економічної науки, що полягає у розробці оптимальних конституційно-правових меж діяльності суб'єктів економічної системи, а в об'єктивному – юридичну характеристику економічної системи, підпорядкованої ідеалам конституціоналізму.

Один з провідних російських дослідників питань конституційної економіки визначає її як науковий напрямок, який вивчає принципи оптимального поєднання економічної доцільності з досягнутим рівнем конституційного розвитку, який виражається в нормах конституційного права, якими регламентується економічна і політична діяльність держави.

На думку представника австрійської правничої науки Людвіга Ван ден Гойє, під конституційною економікою слід розуміти дослідницьку програму в галузі економіки та конституціоналізму, яка полягає у здійсненні конституційно-правового аналізу економічних відносин та діяльності відповідних суб'єктів в межах згаданих відносин і вибору ними оптимальної моделі поведінки.

Беручи до уваги наведені вище визначення та враховуючи сучасні реалії державотворення в Україні, вважаємо, що конституційна економіка – це комплексний науковий напрямок, який досліджує питання політико-правового та економічного характеру розвитку та діяльності економічної системи, зокрема, правових норм, які регулюють відповідні правові відносини, обсяг можливостей суб'єктів економічних відносин, їх взаємодію та практику функціонування різноманітних економічних систем в конкретно-історичних умовах та формах держав.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

НЕЗАКОННИЙ ЗБІР ТА ВИКОРИСТАННЯ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ КОРИСТУВАЧІВ СОЦІАЛЬНИХ МЕРЕЖ ЯК ЗАГРОЗА ІНФОРМАЦІЙНІЙ ТА НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ УКРАЇНИ

І. Березовська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Останнім часом у глобальних інформаційно-телекомунікаційних мережах усе більшого поширення набуває новий вид протиправної деструктивної діяльності – збір та аналіз персональних даних користувачів, що потім передаються для несанкціонованого використання стороннім особам, відбувається розголошення та протиправне використання конфіденційної інформації щодо сфери приватного життя особи, порушуються особисті конституційні права людей.

Фактично, відстеження, викрадення, збирання та аналіз персональних даних користувачів, є лише підготовчим етапом для вчинення інших системних та організованих протиправних дій як проти конкретної особи, так і проти певних інституцій, зокрема, і державних інституцій, з якими така особа може мати певні відносини. Варто наголосити, що саме останній аспект створює потенційні передумови для виникнення реальних загроз національній безпеці держави.

Вочевидь, що спілкування пересічного громадянина у мережі навряд чи може зацікавити іноземні спецслужби та організації, проте, приватне спілкування «секретоносіїв», державних службовців певного рівня та інших категорій осіб, що становлять потенційний оперативний інтерес для таких іноземних служб і організацій, а також їх близьких родичів, навпаки, є достатньо цінною розвідувальною інформацією, яка у подальшому використовується з метою здійснення розвідувально-підривної діяльності проти України. Саме така інформація може бути використана на шкоду нашій державі при підготовці вербувальних акцій, акцій протиправного впливу на прийняття певних стратегічних для держави рішень у політичній, економічній чи соціальній сферах тощо.

Доцільно наголосити, що переважна більшість користувачів соціальних мереж навіть не задумуються над ступенем потенційної небезпеки та можливими негативними наслідками у випадку витоку та протиправного використання їхніх персональних даних, що містяться у соціальних мережах, створюючи тим самим передумови для подальших деструктивних дій із такою інформацією. До речі, за інформацією Forbes, компанія Appinions провела дослідження, згідно з яким з'ясовано, що користувачі більше бояться втрати даних,

© Березовська І., 2014

що містяться в облікових записах у соціальних мережах, ніж витоку інформації про банківські картки.

У практичному аспекті варто наголосити на тому, що раніше мали місце переважно факти лише викрадення персональних даних користувачів. Проте останнім часом усе більшого поширення набуває відстеження конкретних користувачів соціальних мереж, їх соціальних та особистих зв'язків і уподобань, пристрастей тощо. Найбільш поширеним це явище є в соціальній мережі Facebook. При цьому, як правило, таке відстеження проводиться з використанням різних сучасних технологій.

Варто констатувати, що попит на персоніфіковану конфіденційну інформацію про користувачів постійно зростає. Доказом цього є факт, що розробники соціальних мереж створюють усе нові інтерфейси і платформи для збору саме такої інформації.

Відстеження переміщення користувачів соціальних мереж може проводитися через відстеження IP-адрес, з яких користувач заходив, наприклад, в особисту пошту. Зокрема, співробітники Інституту Макса Планка в Німеччині протягом 2009–2011 років слідкували за кореспонденцією 43 млн користувачів поштового аккаунту Yahoo.

Крім того, незаконний збір персональних даних користувачів можливий за рахунок використання кнопки «Like» від Facebook, яка дозволяє користувачам оцінювати інформацію на сайті в режимі онлайн.

Окремо варто зупинитися на діяльності системи візуального розпізнавання, що застосовується у мережі Facebook. Безпосередньо сервіс автоматичного розпізнавання обличчя особи був запущений для того, щоб допомогти користувачам знаходити і позначати друзів на фотографіях. Але у зв'язку з рішучими протестами з боку захисників приватних даних спочатку уряд Німеччини, а потім Євросоюз прийняли рішення про заборону цієї технології, яка, на їхню думку, порушує відразу низку законів про захист даних користувача. І соціальна мережа Facebook відключила сервіс автоматичного розпізнавання обличчя особи користувачів у Європі. Також було відзначено, що банк із «відбитками облич» мільйонів людей пов'язаний із величезним ризиком зловживань. Як приклад, така система може бути використана в недемократичних країнах з метою слідкування за опозицією або використана злочинцями.

Для збору інформації (даних) про громадян постійно розробляються та впроваджуються все нові програми і, варто наголосити, це здійснюється не лише розробниками соцмереж.

Останнім часом усе більше окремих активістів, громадських організацій регулярно звинувачують адміністрації соціальних мереж взагалі, й Facebook зокрема, в несанкціонованому і незаконному зборі інформації про користувачів і передачі цих даних третім особам. Варто також відмітити, що в Facebook вимагається реєстрація тільки під своїм реальним іменем, проте, в деяких країнах це визнається порушенням законодавства. Пошук проводиться по відкритій інформації в аккаунтах, але, напевно, в пошуковику закладено можливості зчитувати закриту інформацію фахівцям соцмережі, а також спец-

служб. До того ж, якщо від «інформаційних витоків» потерпають трансконтинентальні корпорації, банки, то не виключено, що збором інформації із соцмережі та відстеженням зможуть скористатися маркетингові компанії, а також злочинні угрупування.

Розвиток не анонімних мереж – це прекрасне джерело інформації для спецслужб. Установлення контролю над соціальними мережами, тотальний контроль онлайн-активності громадян – це лише питання часу. Спроби контролювати соціальні мережі та відстежувати їх користувачів будуть з часом лише посилюватися. І, звичайно ж, спецслужби отримають додаткову можливість збирати закриту інформацію про користувачів соцмережі та проводити відстеження.

Фактично, нам варто вести мову саме про системне використання іноземними організаціями та спецслужбами соціальних мереж, діяльність яких перебуває і юридично, і фактично поза межами правового регулювання нашої держави. Оскільки це може вважатися серйозними загрозами як інформаційній, так і національній безпеці держави. Діюча в Україні правоохоронна система неспроможна забезпечити належний ефективний захист наших громадян і національних інтересів від протиправних діянь, що реально вчиняються проти них із використанням незаконно отриманих із соціальних мереж персональних даних користувачів. Це, в свою чергу, зумовлює об'єктивну необхідність негайного вироблення на державному рівні принципово нових підходів до забезпечення захисту інтересів особи, суспільства та держави у цій сфері.

ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ АСПЕКТІВ СИСТЕМИ УПРАВЛІННЯ БЮДЖЕТНИМИ КОШТАМИ З ПОЗИЦІЙ ДОТРИМАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

О. Ільницький

Львівський національний університет імені Івана Франка

Починаючи дослідження будь-якої із галузей права ми неодмінно звертаємося до визначення певного базису, на якому будується правове регулювання конкретного виду суспільних відносин та який мав би створити надійну основу для подальшого ефективного правотворення. Таким базисом стають принципи правового регулювання, які, з одного боку, виражають закономірності права, а з іншого, – є найбільш загальними нормами права, які діють у всій сфері правового регулювання і поширюються на усіх суб'єктів. Їхнє дотримання, як найбільш загальних закономірностей, необхідне для належного функціонування усієї соціальної системи, яка існує за допомогою правових механізмів.

© Ільницький О., 2014

Управління публічними фінансами було і залишається однією із сфер, інтерес до постійної зміни регулювання якої носить високий ступінь суб'єктивного бажання «спростити» механізм здійснення владного впливу на рух фінансових ресурсів. Однак, вказане бажання вступає у суперечність із основними об'єктивними закономірностями функціонування фінансової системи держави та здійснення фінансової діяльності.

Прийняття закону або іншого нормативного рішення, яким бюджет імплементується у правову дійсність є важливим елементом створення фінансової основи діяльності публічного суб'єкта. Незважаючи на продовження дискусії про статус та значення закону про бюджет, на сьогодні можна стверджувати правове та політичне значення саме такої форми існування цього універсального та координуючого фінансово-планового акту в системі публічних фінансів будь-якої держави.

Пояснити існування саме такої форми прийняття бюджету, виходячи із принципів фінансової діяльності, можна, на нашу думку, зважаючи на наступні міркування. Загально-конституційний принцип демократизму у сфері фінансової діяльності виявляється у можливості осіб як безпосередньо, так і через своїх представників брати участь у формування державної фінансової політики та управлінні публічними фінансами. І хоча сфера публічних фінансів є однією із «закритих» для прямого народного волевиявлення (серед трьох обмежень щодо предмету проведення референдуму у ст. 74 Конституції України, два з них стосується саме фінансової сфери – референдум не допускається щодо законопроектів з питань податків та бюджету), компенсаторно основні питання її правового регулювання віднесені до виключної компетенції єдиного органу всенародного представництва – Верховної Ради України (ст. 85 Конституції України) та, більше того, можуть вирішуватися чи встановлюватися виключно законами (ст. 92 Конституції України). Це повинно засвідчувати високий рівень демократизму в управлінні публічними фінансами, коли їхній реальний власник – народ – діє через свого нормативно уповноваженого представника.

Водночас, і інший нормативно визначений принцип – функціонального розподілу гілок державної влади (ч. 1 ст. 6 Конституції України) – у сфері фінансової діяльності основним засновком має особливість природи діяльності вищих органів державної влади. Діяльність представницьких органів є похідною від реалізації повноважень парламентів різних рівнів від імені безпосереднього власника фінансових ресурсів держави – народу чи громади. Відповідно ж до «визначеного курсу», органам виконавчої гілки належить реалізовувати власне призначення – здійснювати професійне адміністрування вказаною сферою відносин, виконуючи веління надане від імені народу-власника. Фактично вказане розкриває і принцип пріоритетності представницьких органів влади перед виконавчими органами, який є взаємопов'язаним і доповнює попередній. Розмежування та субординаційне співіснування компетенції представницьких та виконавчих органів номінально впливає на ефективність здійснення фінансової діяльності, з точки зору забезпечення публічного інтересу народу чи територіальної громади.

Затверджуючи законом або рішенням бюджет, представницький орган визначає структуру фінансової діяльності держави чи адміністративно-територіальної одиниці на бюджетний період через відповідний нормативно-цифровий вираз. Цифри подані у самому бюджеті є не лише плановим математичним обчисленням дохідної та видаткової частини грошових ресурсів публічного суб'єкта, а й важливим елементом нормативного регулювання фінансової політики та відповідних правовідносин.

Часті оперативні зміни ситуації у фінансово-економічній сфері не дозволяють розглядати будь-який фінансовий план, в тому числі законодавчо закріплений, як абсолютний постулат та імператив, а неодмінно зумовлюють проблему такої ж блискавичної реакції на новітні умови функціонування держави. Очевидно, що це зумовило появу у редакції Бюджетного кодексу України 2010 року нового механізму управління бюджетними коштами, визначеного у ч. 4 ст. 15, ч.ч. 6, 8, 9 ст. 23 та ч. 6 ст. 108. Йдеться про механізми перерозподілу джерел фінансування, передачі бюджетних призначень між головними розпорядниками та перерозподілу бюджетних видатків і надання кредитів, збільшення видатків розвитку за рахунок інших видатків, перерозподіл видатків державного бюджету на централізовані заходи між адміністративно-територіальними одиницями, а також розподілу та перерозподілу субвенцій та додаткових дотацій з державного бюджету місцевим бюджетам протягом бюджетного періоду (дії закону або рішення про бюджет) без внесення змін, а шляхом прийняття розпорядчого рішення Кабінету Міністрів України (Ради Міністрів Автономної Республіки Крим, місцевої державної адміністрації, виконавчого комітету місцевої ради) за погодженням з Комітетом Верховної Ради України з питань бюджету (відповідною комісією Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевої ради).

Згідно із оприлюдненими нормативно-правовими актами у системі «Законодавство України» на офіційному Інтернет-порталі Верховної Ради України станом на кінець листопада за 2013 р. було видано 10 розпоряджень про передачу бюджетних призначень, 66 – про перерозподіл видатків за бюджетними програмами у межах загального обсягу бюджетних призначень головного розпорядника. В кінці 2012 р. було видано 1 розпорядження про перерозподіл міжбюджетних трансфертів. Кількість цих документів та суми, яких вони стосуються (наприклад, Розпорядженнями Кабінету Міністрів України від 03.07.2013 р. № 472-р. та від 09.10.2013 р. № 798-р сума перерозподілених видатків становила понад 2 млрд. грн. за кожним) свідчать про практичну затребуваність такого управлінського рішення. Однак питання правової природи цього механізму, а ні на практичному, а ні на теоретичному рівні не досліджувалося.

Знайомство із відповідними положеннями ч. 4 ст. 15, ч.ч. 6, 8, 9 ст. 23 та ч. 6 ст. 108 БК України одразу ж дозволяє цей єдиний механізм управління бюджетними коштами розділити на два види. Перший стосується випадків, коли розпорядження приймаються у зв'язку із настанням обставин, на які вказує сам БК України та, фактично, через спрощену процедуру оперативно легалізують необхідні зміни у фінансово-правовій ситуації (називатимемо їх «необхідними»):

– ч. 4 ст. 15 – зміна джерел фінансування у разі зменшення обсягу джерел фінансування певного типу у порівнянні з обсягом, визначеним законом про Державний бюджет України;

– ч. 6 ст. 23 – передача бюджетних призначень від одного головного розпорядника бюджетних коштів до іншого, якщо після прийняття закону про Державний бюджет України (рішення про місцевий бюджет) передається відповідно до законодавства повноваження на виконання функцій або надання послуг, на яке надано бюджетне призначення.

Решта ж випадків розподілу, перерозподілу та передачі – сфера абсолютної та практично необмеженої дискреції Кабінету Міністрів України (від цього, позначатимемо їх «дискреційними»).

На нашу думку, закладений механізм за своєю суттю є елементом запровадження «ручного» режиму управління бюджетними коштами органами виконавчої влади і суперечить закріпленим принципам фінансової діяльності держави та органів місцевого самоврядування з огляду на наступне.

Як уже було встановлено, затверджуючи законом або рішенням джерела фінансування, загальні бюджетні призначення та розмір видатків на підставі програмно-цільового методу чи обсяги міжбюджетних трансфертів, представницькі органи застосовують свій «мандат» на управління публічними фінансовими ресурсами, який має виняткову природу та значення у системі державної влади. Перебирання відповідних повноважень органами виконавчої влади є надзвичайно загрозливим з позицій формування та реалізації фінансової політики, та передбачає зазіхання і подальше захоплення виключної фінансово-правової компетенції представницького органу, що є прямим порушенням Конституції України.

Більше того, пряма та чітка юридична логіка аналізу практичних ситуацій застосування відповідних норм вказує на недопустимий казус – здійснюючи надані функції розподілу, перерозподілу чи передачі коштів під час бюджетного періоду, неодмінно змінюється затверджений законом чи рішенням ради Державний або місцевий бюджети. З огляду на тип правового взаємозв'язку між законом (рішенням) про бюджет та самим бюджетом слід констатувати, що останній, за загальною теорією права, набуває формальних ознак нормативного рішення, яким затверджений. Отож, БК України закріпив можливість внесення змін до закону чи рішення про бюджет розпорядчим (навіть, не нормативним !) актом органів виконавчої влади чи виконавчих органів місцевого самоврядування.

Застереження проти аналогічних звинувачень, розробники аналізованого механізму очевидно бачили у обмеженні щодо необхідності збереження загального обсягу фінансування, бюджетного призначення чи трансфертів, які затверджені актом про бюджет та необхідність отримання попереднього погодження Комітету з питань бюджету від імені Верховної Ради України чи відповідної комісії від імені місцевої ради для надання юридичної сили відповідному рішенню. Однак, у обидвох випадках, такі заперечення не здатні спростувати протилежних аргументів.

В Україні обсяги дохідної та видаткової частини бюджету, фінансування та боргу затверджуються у розрізі бюджетної класифікації. Зміни ж, які вно-

сяться у встановлених Кодексом випадках актами органів виконавчої влади чи виконавчими органами місцевих рад, зумовлюють зміну правового режиму бюджетних коштів за нормативно визначеними категоріями бюджетної класифікації та правового статусу відповідних розпорядників і не можуть оцінюватися лише з позицій дотримання їхнього загального обсягу.

Що ж стосується одержання відповідного погодження як елементу участі представницького органу в процедурі розподілу, перерозподілу та передачі бюджетних коштів, слід ще раз наголосити на тому, що повноваження у сфері бюджету – є винятковими повноваженнями відповідних представницьких органів, що не можуть бути делеговані. Згідно з ч. 2 ст. 89 Конституції України комітети Верховної Ради України здійснюють законопроектну роботу, готують і попередньо розглядають питання, віднесені до повноважень Верховної Ради України. Таке своє конституційне призначення вони реалізовують через здійснення трьох функцій – законопроектної, організаційної та контрольної (ст. 11 Закону України «Про комітети Верховної Ради України» від 04.05.1995 р.). Очевидно, що погодження змін до закону про Державний бюджет повинно б було носити контрольну природу. Однак, згідно з Висновком Конституційного Суду України у справі про внесення змін до статей 84, 85 та інших Конституції України від 14.03.2001 р. № 1-в/2001 здійснення парламентського контролю – це право Верховної Ради України, що реалізується нею безпосередньо чи опосередковано – через визначені Конституцією України державні органи (щодо бюджетної сфери – то Конституція згадує лише про Рахункову палату). Пропозиції про те, що парламентський контроль здійснюється комітетами Верховної Ради України у межах та в порядку, встановлених «законами України», не узгоджуються з п. 33 ч. 1 ст. 85 Конституції України, за яким межі здійснення парламентського контролю Верховною Радою України визначаються Конституцією України. Аналогічна правова позиція щодо статусу комітетів була підтверджена і у Рішенні Конституційного Суду України від 10.06.2010 р. № 16-рп/2010.

Отож, реформування системи управління бюджетними коштами повинно відбуватися при жорсткому дотриманні конституційних принципів фінансової діяльності. Запроваджена система розподілу, перерозподілу та передачі бюджетних коштів за розпорядчими рішеннями органів виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, на нашу думку, зумовлює порушення принципу демократизму, виняткової компетенції представницьких органів у бюджетній сфері, заснованої на постулаті про функціональний розподіл влад, принципи дії системи права. З огляду на це, в сьогоднішніх умовах слід відмовитися від такого механізму управління бюджетними коштами як неконституційного та шкідливого з точки зору ефективності та раціональності функціонування бюджетної системи. Запити практичної діяльності щодо належної організації процедури необхідних випадків внесення оперативних змін до бюджету повинні спонукати удосконалювати конституційні механізми роботи учасників бюджетного процесу та підвищувати рівень бюджетного планування.

ЗУСТРІЧНИЙ ПОЗОВ: ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Х. Кіт

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливістю адміністративного процесу України є спрямованість на захист прав, свобод та інтересів фізичних, юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. З огляду на завдання адміністративного судочинства України у Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України) не передбачено інституту зустрічного позову. Хоча в проекті КАС України положення про зустрічний позов були, однак учасники робочої групи вважали, що зустрічний позов спотворює ідею адміністративної юстиції.

Після прийняття КАС України на практиці почали виникати правові ситуації, які обумовлюють необхідність подання зустрічного позову. З огляду на це у науковій літературі та у судовій практиці можна зустріти правові позиції, які стосуються інституту зустрічного позову.

Поняття зустрічного позову обговорювалося серед науковців, однак одностайності щодо запровадження зустрічного позову в адміністративному процесі не було вироблено.

Варто зазначити, що практика Вищого адміністративного суду України свідчить також про зміну правових підходів. У зв'язку з неоднаковими поглядами, як теоретиків так і практиків, щодо інституту зустрічного позову в адміністративному процесі, необхідність його запровадження потребує детального аналізу.

У процесуальній літературі немає єдиного визначення поняття зустрічного позову. Проте більшість авторів під зустрічним позовом розуміє – самостійну вимогу відповідача до позивача, яка пред'являється у формі позовної заяви у межах відкритого провадження у суді з метою захисту самостійного права та інтересу відповідача проти пред'явленої до нього вимоги позивачем.

Оскільки відповідачем у адміністративному процесі, відповідно до завдань адміністративного судочинства передбачених ст. 2 КАС України, повинен бути суб'єкт владних повноважень, тому ідея запровадження зустрічного позову критикується науковцями, вважається, що наділення суб'єкта владних повноважень статусом позивача взагалі спотворює завдання адміністративного судочинства.

Прихильники цієї позиції підкреслюють, що у разі подання до адміністративного суду позовної заяви суб'єктом владних повноважень, спрямованої проти фізичної особи, інститут адміністративної юстиції перетворюється, по суті, в каральний інструмент. З цією метою пропонується адміністративні справи, які можуть порушуватися за адміністративними позовами посадових чи службових осіб органів виконавчої влади, інших суб'єктів владних повноважень, віднести до підвідомчості загальних судів, які повинні розглядати і вирішувати

© Кіт Х., 2014

ці справи на основі спеціальних законів. Винятком можуть бути лише справи за спорами про виконання адміністративних договорів, стосовно яких доцільно дозволити суб'єктам владних повноважень виступати у якості не тільки відповідача, але й позивача.

Проте, на нашу думку, віднесення спорів за позовами суб'єктів владних повноважень до підвідомчості загальних судів не буде сприяти ефективному здійсненню правосуддя. Оскільки, адміністративні суди створювалися з метою розгляду публічно-правових спорів, тобто спорів, які виникають між фізичними, юридичними особами та суб'єктами владних повноважень. І такі спори, з огляду на їх характер, повинні розглядатися спеціалізованими судами.

Окрім того варто зазначити, що відповідачами за адміністративними позовами, відповідно до ст. 50 КАС України, можуть бути і фізичні та юридичні особи. Тому відсутність права на подання зустрічного позову обмежує право на захист у адміністративному процесі фізичних та юридичних осіб.

Вважаємо, що завдання адміністративного судочинства України потрібно розглядати ширше. Завданням адміністративного судочинства України повинно бути не лише захист фізичних та юридичних осіб від суб'єктів владних повноважень, а вирішення публічно-правового спору та відновлення і захист порушених прав сторін цього спору.

Незважаючи на те, що суб'єкт владних повноважень, порівняно з фізичною та юридичною особою має більше переваг, адміністративний суд враховує позиції та інтереси обох сторін при вирішенні публічно-правового спору.

З огляду на це, вбачається доцільність запровадження у адміністративному процесі України зустрічного позову. До цього дійшла і практика адміністративних судів.

Так, Вищий адміністративний суд України (далі – ВАСУ) у своєму Інформаційному листі від 25 липня 2007 року зазначав, що відповідач може заявити свої вимоги до позивача у формі окремого судового позову і таким чином реалізувати своє право на судовий захист, оскільки з огляду на особливість адміністративного судочинства подання зустрічного позову не передбачено, а норми Цивільно-процесуального кодексу України, які передбачають подання зустрічного позову, не можуть бути застосовані у адміністративному процесі.

Проте вже 06 серпня 2008 року ВАСУ у своєму оглядовому листі зазначає, що сам факт відсутності у КАС України вказівки на право щодо пред'явлення зустрічного позову не дає суду підстав відмовляти у відкритті провадження в адміністративній справі за таким зустрічним позовом і за наявності передбачених ст. 116 КАС України підстав об'єднати для спільного розгляду і вирішення кількох адміністративних справ.

Проаналізувавши практику Львівського апеляційного адміністративного суду та Вищого адміністративного суду України за 2013 рік можна виокремити наступні справи, у яких подається зустрічний позов: справа за позовом центру зайнятості до ТзОВ про стягнення заборгованості по сплаті страхових внесків та зустрічним позовом ТзОВ до центру занятості про визнання дій щодо несписання безнадійного боргу по страховим внескам незаконними та зобов'язати вчи-

нити дії щодо списання безнадійного боргу (справа №9104/31318/10 від 24.10.2013); справа за позовом державної інспекції енергозбереження до міського комунального підприємства про стягнення економічних санкцій та зустрічним позовом міського комунального підприємства до державної інспекцій енергозбереження про визнання протиправною постанову (справа №30882/10/9104 від 31 жовтня 2013 року); справа за позовом державної податкової інспекції до фізичної особи-підприємця про стягнення штрафних санкцій та зустрічним позовом фізичної особи підприємця до державної податкової інспекції про скасування рішення (справа №К/9991/20879/11 від 29 травня 2013); справа за позовом держаної податкової інспекції про до фізичної особи-підприємця про примусове стягнення активів та зустрічним позовом фізичної особи-підприємця до державної податкової інспекції про визнання недійсними податкових повідомлень (справа №К-4962/09).

На практиці виникає необхідність подання зустрічного позову також у наступних справах: про примусове видворення іноземця; про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності; у спорах, які виникають з адміністративних договорів; у спорах між суб'єктами владних повноважень.

Також окремо варто відзначити справи про мирні зібрання, коли суб'єкт владних повноважень звертається до суду із позовом про заборону мирних зібрань, а фізичні чи юридичні особи мають право подати зустрічний позов про надання дозволу на мирні зібрання.

Аналізуючи практику адміністративних судів, можна дійти висновку, що незважаючи на відсутність положення у КАС України про зустрічний позов, суди приймають його до спільного розгляду з первісним позовом.

Погоджуємося з позицією науковців, які вважають, що при надходженні зустрічного адміністративного позову суд може застосовувати аналогію закону: керуючись положенням ч. 7 ст. 9 КАС України, застосувати ст. 123 Цивільно-процесуального кодексу України, згідно з якою відповідач має право до або під час попереднього судового засідання пред'явити зустрічний позов. Зустрічний позов приймається до спільного розгляду з первісним позовом, якщо обидва позови взаємопов'язані і спільний їх розгляд є доцільним, зокрема, коли вони викають з одних правовідносин, або коли вимоги за позовами можуть зараховуватися, або коли задоволення зустрічного позову може виключити повністю або частково задоволення первісного позову. Вимоги за зустрічним позовом ухвалою суду об'єднуються в одне провадження з первісним позовом.

Цікавим є той факт, що у Кодексі адміністративного судочинства ФРН (VwGO) передбачений інститут зустрічного позову. Проте зустрічний позов не може бути поданий у справах про визнання адміністративного акту недійсним та про зобов'язання адміністративного органу до видання адміністративного акту.

Вважаємо, що адміністративні суди України пішли правильним шляхом, приймаючи до розгляду зустрічний позов з метою забезпечення всебічного та об'єктивного розгляду справи, таким чином забезпечуючи право на захист всім сторонам публічно-правового спору. Варто врахувати, що за КАС України суб'єкт

владних повноважень може виступати позивачем, тому варто передбачити у КАС України положення про зустрічний позов, щоб забезпечити виконання завдань адміністративного судочинства.

Запровадження у адміністративне судочинство інституту зустрічного позову є доцільним, що підтверджується як позицією науковців, так і судовою практикою.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ ЯК АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

О. Коцовська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Адміністративно-правовими засобами охорони прав споживачів є такі правові явища, що встановлюються органом законодавчої влади та органами публічної адміністрації та використовуються суб'єктами адміністративного права для реалізації попереджувальних заходів з метою забезпечення прав споживачів та усунення негативних факторів, які можуть викликати порушення таких прав. Одним з основних їхніх видів є нормативно-правові акти, які приймаються відповідними органами публічної адміністрації.

Це акти, які, насамперед, регулюють порядок доступу та провадження діяльності з виробництва, реалізації товарів, виконання робіт та надання послуг. До їх числа, наприклад, можемо віднести Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів», «Про затвердження правил побутового обслуговування населення», «Про затвердження Правил надання послуг пасажирського автомобільного перевезення», Накази Міністерства економіки України «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі непродовольчими товарами», «Про затвердження Правил продажу товарів на замовлення та поза торговельними або офісними приміщеннями», Наказ Державної туристичної адміністрації України «Про затвердження Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг» та інші.

Ці нормативно-правові акти встановлюють, насамперед, умови доступу до провадження відповідного виду господарської діяльності, основні зобов'язання суб'єктів господарювання щодо забезпечення реалізації споживачами своїх прав, порядок проведення контролю та нагляду за виконанням відповідних нормативно-правових актів тощо. Їхнім основним недоліком є те, що вони, незважаючи на те, що регулюють, фактично, суспільні відносини в одній пло-

© Коцовська О., 2014

щині, видаються органами виконавчої влади різного рівня (Кабінетом Міністрів України, міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади), а також те, що такі акти жодним чином не систематизовані.

Ліцензійні умови як нормативно-правовий акт, положення якого встановлюють кваліфікаційні, організаційні, технологічні та інші вимоги для провадження певного виду господарської діяльності, і який видається органами ліцензування, також належить до цієї групи адміністративно-правових засобів.

Також адміністративно-правовими засобами є нормативно-правові акти, що встановлюють вимоги до відповідних товарів, робіт чи послуг. Це, насамперед, особливі нормативно-правові акти, які приймаються у процесі здійснення уповноваженими на це органами технічного регулювання та стандартизації.

Поняття технічного регулювання визначається у Законі України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності». Відповідно до цього визначення, технічне регулювання є правовим регулюванням відносин у сфері встановлення, застосування та виконання обов'язкових вимог до продукції або пов'язаних з нею процесів, систем і послуг, персоналу та органів, а також перевіркою їх дотримання шляхом оцінки відповідності та/або ринкового нагляду. Отже, поряд із іншими заходами, в процесі здійснення технічного регулювання, уповноваженими на це органами у формі відповідних нормативно-правових актів «встановлюються» обов'язкові вимоги до продукції та послуг.

Відповідно до Закону України «Про стандартизацію», стандартизація – це діяльність, що полягає у встановленні положень для загального і багаторазового застосування щодо наявних чи можливих завдань з метою досягнення оптимального ступеня впорядкування у певній сфері, результатом якої є підвищення ступеня відповідності продукції, процесів та послуг їх функціональному призначенню, усуненню бар'єрів у торгівлі і сприянню науково-технічному співробітництву. Тобто, у ході здійснення стандартизації уповноважені на це суб'єкти, зокрема, встановлюють у формі нормативно-правових актів положення про підвищення відповідності продукції та послуг їх функціональному призначенню.

Нормативно-правовими актами, що приймаються у ході здійснення технічного регулювання та стандартизації, є, зокрема, технічні регламенти, стандарти, кодекси усталеної практики та технічні умови.

Технічним регламентом є закон України або нормативно-правовий акт, прийнятий Кабінетом Міністрів України, у якому визначено характеристики продукції або пов'язані з нею процеси чи способи виробництва, а також вимоги до послуг, включаючи відповідні положення, дотримання яких є обов'язковим. Він може також містити вимоги до термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певної продукції, процесу чи способу виробництва. Відповідність введених в обіг в Україні продукції, процесів та послуг технічним регламентам є обов'язковою.

Серед діючих на сьогодні технічних регламентів як адміністративно-правових засобів охорони прав споживачів можна виокремити, наприклад, Технічний регламент з екологічного маркування, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 18 травня 2011 р. № 529; Технічний регламент щодо назв

текстильних волокон і маркування текстильних виробів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 14 січня 2009 р. N 13; Технічний регламент безпеки іграшок, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2008 р. № 901; Технічний регламент мийних засобів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2008 р. № 717 та багато інших.

Стандартом, відповідно до закону «Про стандартизацію», є документ, розроблений на основі консенсусу та затверджений уповноваженим органом, що встановлює призначені для загального і багаторазового використання правила, інструкції або характеристики, які стосуються діяльності чи її результатів, включаючи продукцію, процеси або послуги, дотримання яких є необов'язковим. Стандарт може містити вимоги до термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певної продукції, процесу чи послуги.

Законодавець виділяє міжнародні та регіональні стандарти, які приймаються відповідно міжнародним та регіональним органом стандартизації. До міжнародних органів стандартизації, участь в яких бере Україна, належать Міжнародна організація зі стандартизації (ISO), Міжнародна електротехнічна комісія (IEC), Європейський комітет зі стандартизації (CEN), Європейський комітет зі стандартизації в електротехніці (CENELEC), Міжнародна організація законодавчої метрології (OIML), Генеральна конференція з мір та ваг (CGPM), Організація Євразійського співробітництва державних метрологічних установ (COOMET), Європейська асоціація національних метрологічних інститутів (EURAMET), а також Міжнародний союз електрозв'язку (ITU), Всесвітній поштовий союз (UPU) та ін. Основним регіональним органом стандартизації, участь у якому бере Україна, є Міждержавна рада зі стандартизації, метрології та сертифікації (МДР) Співдружності Незалежних Держав (СНД).

Також існують національні стандарти – державні стандарти України, прийняті центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері стандартизації (на сьогодні таким органом є Міністерство економічного розвитку і торгівлі України), та доступні для широкого кола користувачів. Такі стандарти розробляються різними інституціями, визначеними Міністерством економічного розвитку та торгівлі України. Державними стандартами в Україні є стандарти ДСТУ.

Виокремлення законодавцем таких окремих видів документів, як «технічний регламент» та «стандарт», видається цілком зрозумілим і слушним, адже ці акти відрізняються один від одного за сферою регулювання, суб'єктами видання, обов'язковістю застосування тощо.

Запитання викликає виділення законодавцем, поряд із «стандартом», «кодексу усталеної практики» та «технічних умов». Відповідно до визначень, поданих у Законі України «Про стандартизацію», важко визначити, чим саме «кодекси усталеної практики» та «технічні умови» відрізняються від «стандарту». Так, кодекс усталеної практики (звід правил) визначається як документ, що містить практичні правила чи процедури проектування, виготовлення, монтажу, технічного обслуговування, експлуатації обладнання, конструкцій чи виробів; технічні умови – як документ, що встановлює технічні вимоги, яким повинні

відповідати продукція, процеси чи послуги. Крім цього законодавець зазначив, що і кодекс усталеної практики, і технічні умови, можуть бути стандартом, частиною стандарту або окремим документом.

Отже, як видається, більш доцільно було б всі три види документів («стандарт», «кодекс усталеної практики» та «технічні умови») об'єднати під одним поняттям «стандарту», який є більш зрозумілим для пересічного споживача та широко застосовуваним як на національному, так і на міжнародному рівнях.

До цієї групи адміністративно-правових засобів можемо віднести також деякі інші нормативно-правові акти. Насамперед, це – державні санітарні норми та правила, санітарно-гігієнічні та санітарно-протиепідемічні правила і норми, санітарно-епідеміологічні правила і норми, протиепідемічні правила і норми, гігієнічні та протиепідемічні правила і норми, державні санітарно-епідеміологічні нормативи, санітарні регламенти, а також нормативно-правові акти, якими встановлюються державні регульовані ціни.

ФОРМИ БЮДЖЕТНОГО ФІНАНСУВАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПОСЛУГ, ЯКІ НАДАЮТЬСЯ ГРОМАДСЬКИМИ ОБ'ЄДНАННЯМИ

О. Коцюруба
Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до Закону України «Про соціальні послуги» від 19 червня 2003 р. соціальні послугами визнається комплекс заходів з надання допомоги особам, окремим соціальним групам, які перебувають у складних життєвих обставинах і не можуть самостійно їх подолати, з метою розв'язання їхніх життєвих проблем.

У державному та місцевих бюджетах повинні передбачатися кошти для фінансування цільових програм надання соціальних послуг.

Фінансування територіальних програм розвитку соціальних послуг здійснюється за рахунок виділених місцевому бюджету цільових субвенцій чи шляхом кооперування коштів місцевих бюджетів на реалізацію спільних проектів. Одержувачами бюджетних коштів за такими цільовими програмами є в тому числі і громадські організації – що є виконавцями соціального замовлення.

Як визначає А.В. Сивак в умовах, коли відповідні державні організації не спроможні виконувати належним чином свої обов'язки через нестачу коштів, інших ресурсів, складну політичну ситуацію, держава повинна шукати партнерів та розвивати питання співробітництва між різними секторами, такими як державний сектор (центральні та місцеві органи влади), приватний сектор (бізнес) та неурядовий (громадський, або «третій» сектор).

© Коцюруба О., 2014

В Україні участь на ринку соціальних послуг та доступ недержавних громадських організацій до державного фінансування надто обмежені. Для українських недержавних організацій не створено сприятливих умов для виходу на ринок соціальних послуг і отримання замовлення від держави на їх надання.

Розвинуті країни (наприклад, Нідерланди, Польща, США) надали перевагу механізму закупівлі соціальних послуг у недержавних організацій, а не прямому наданню державою цих послуг громадянам. Держава звільняє себе від функції надання соціальних послуг із збереженням високих соціальних стандартів для населення. Так, у Німеччині залучення громадських організацій до надання соціальних послуг дозволяє заощаджувати 30–37% вартості таких послуг для держави. За результатами досліджень УНЦПД (Державна політика сприяння розвитку громадянського суспільства Режим доступу: http://www.ucipr.kiev.ua/userfiles/state_policy_CSO2013.pdf) Україні підтримка громадських організацій дозволяє на кожну 1 грн вкладених бюджетних коштів отримувати соціальну послугу або соціальну діяльність загальною вартістю 4 грн (досвід Донецької міської ради).

Бюджетне фінансування соціальних послуг, які надіються громадськими об'єднаннями на сьогодні можливе в двох формах:

– гранти на виконання соціальних проектів;

– соціальне замовлення (замовлення виконання програми із надання соціальних послуг).

Найбільш ефективним для підтримки громадських організацій соціальної сфери у країнах Європи та СНД визнане соціальне замовлення. Соціальне замовлення – це комплекс заходів організаційно-правового характеру, спрямованих на реалізацію загальнодержавних та місцевих цільових соціальних програм і соціальних проектів за рахунок бюджетних та інших коштів шляхом укладання соціальних контрактів на конкурсній основі.

Соціальне замовлення виконують на підставі договору – соціального контракту. Головна ідея соціального контракту – угода між місцевими органами самоврядування та громадянським суспільством. Тобто, центральні або місцеві органи самоврядування наймають тих постачальників послуг, які можуть зробити певний вид діяльності краще, чи надати певні послуги якісніше.

Важливим для закупівлі за бюджетні кошти соціальних послуг, які надають недержавні надавачі стало затвердження Постановою КМУ від 29 квітня2013 р № 324. «Порядок здійснення соціального замовлення за рахунок бюджетних коштів». Відповідно до Порядку здійснення соціального замовлення за рахунок бюджетних коштів (Постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2013 р. № 324) соціальне замовлення за рахунок бюджетних коштів здійснюється в обсязі, визначеному договором. Вартість соціальних послуг розраховується відповідно до законодавства (п. 3 Постанови КМУ № 324). Фінансування соціальних послуг за рахунок бюджетних коштів здійснюється після їх фактичного надання в обсязі, передбаченому договором. У разі коли замовником соціальних послуг виявлено факт надання соціальних послуг в обсязі, що не відповідає обсягам, визначеним договором, виконавець соціального замовлення по-

вертає кошти за такі послуги. (п. 32 Постанови КМУ № 324). Порядок передбачає процедуру проведення конкурсу на залучення бюджетних коштів для надання соціальних послуг, критерії оцінки конкурсних пропозицій, вимоги до формування конкурсних комісій та порядок моніторингу надання таких послуг переможцями конкурсів.

На сьогоднішній день попри певне вдосконалення правової бази надання бюджетного фінансування громадським організаціям для надання соціальних послуг спостерігаємо і ряд прогалин. Для забезпечення гарантованих державою соціальних послуг тим, хто їх потребує, необхідно вирішити питання унормування переліку соціальних послуг, їх обсягу, розрахунку вартості послуги. Внести зміни до Бюджетного кодексу України, якими замінити видатки на забезпечення функціонування бюджетних установ з надання послуг видатками на надання базових гарантованих державою соціальних послуг (відповідно до переліку, затвердженого постановою КМУ) та визначити ці видатки такими, що враховуються при встановленні обсягів міжбюджетних трансфертів (із збереженням таких видатків як захищених статей бюджету). Внести зміни до Закону України «Про здійснення державних закупівель», якими виключити соціальні послуги із сфери дії закону. Крім того слід:

– запровадити процедури визначення потреб населення у соціальних послугах;

– при підготовці проектів місцевих бюджетів передбачати кошти безпосередньо для надання соціальних послуг;

– запровадити комплексні процедури моніторингу та оцінки діяльності надавачів соціальних послуг при фінансуванні таких послуг за рахунок бюджетних коштів.

МИТНА ВАРТІСТЬ ТОВАРІВ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

А. Мостовий

Львівський національний університет імені Івана Франка

Митна вартість товарів є одним з головних інститутів митного права, який має прямий вплив на формування розміру надходжень до Державного бюджету України та одночасно прямо впливає на рівень товарообороту через митний кордон. В рамках практичного застосування положень митного законодавства щодо визначення вартості переміщуваних товарів між контролюючими органами та суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності виникають конфлікти. Конфлікт публічного та приватного інтересів при переміщенні товарів через митний кордон у більшості випадків зводиться до визначення бази оподаткування

© Мостовий А., 2014

митом та іншими митними платежами, зокрема акцизним податком, податком на додану вартість та екологічним податком.

Митна вартість становить основу для нарахування адвалерних ставок мита. В Митному тарифі переважають саме відносні (адвалорні) ставки мита. Аналогічно до ставок мита, сума податку на додану вартість також визначається у відсотках до бази оподаткування, т.б. грошового вираження операції з переміщення товарів через митний кордон. Інша ситуація є у випадку визначенням сум податкових зобов'язань за акцизним податком, де головним чином використовуються комбіновані та абсолютні (специфічні) ставки по відношенню до більшості підакцизних товарів.

Згідно з нормами митного законодавства, митна вартість товарів є вартість товарів, що використовується для митних цілей, яка базується на ціні, що фактично сплачена або підлягає сплаті за ці товари. Цілі, для яких визначається митна вартість перелічена в статті 50 Митного кодексу України (далі – МКУ). До таких належать:

1) нарахування митних платежів;

2) застосування інших заходів державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності України;

3) ведення митної статистики;

4) розрахунку податкового зобов'язання, визначеного за результатами документальної перевірки.

Перелічені цілі використання даних про митну вартість товарів вказують на основне призначення митного регулювання зовнішньоекономічної діяльності. Оподаткування товарів переміщуваних через митний кордон передбачає не тільки виконання фіскальної функції, але і регулюючої, а саме вплив на рівень товарообороту через митний кордон.

Необхідно констатувати факт, що відповідно до нової редакції МКУ від 2012 року, значно зросли шанси на встановлення рівноваги в реалізації публічного та приватного інтересів при реалізації інституту визначення митної вартості товарів. Зміни впроваджені в новій редакції МКУ заслуговують на окрему увагу.

Передусім необхідно зазначити, що митна вартість товарів в новій редакції Кодексу має свій підвид – фактурна вартість. Фактурна вартість, це ціна товару, зазначена у рахунку-фактурі чи рахунку-проформі. Фактурна вартість використовується при переміщенні товарів через митний кордон із застосуванням митних режимів відмінних від імпорту, а також для оподаткування товарів, які перевозяться через митний кордон громадянами і вартість яких не перевищує еквівалент десять тисяч євро.

Визначення митної вартості відбувається із застосуванням двох груп методів: основний та додаткові. Основним є метод за ціною угоди (контракту) щодо товарів, які імпортуються. До другорядних належать методи: за ціною договору щодо ідентичних товарів, за ціною договору щодо подібних (аналогічних) товарів, на основі віднімання вартості, на основі додавання вартості (обчислена вартість), та резервний.

Виділення методу за ціною угоди імпортованих товарів в окрему групу ще раз підкреслює його важливе та першорядне значення у вирішенні питання розміру бази оподаткування митними платежами.

Митне законодавство містить також вичерпний перелік документів, які підтверджують митну вартість товарів. До таких документів належать: декларація митної вартості, зовнішньоекономічний договір (контракт) або документ, який його замінює, з відповідними додатками до нього; рахунок-фактура (інвойс) або рахунок-проформа (якщо товар не є об'єктом купівлі-продажу); банківські платіжні документи, якщо рахунок сплачено; а також інші платіжні та/або бухгалтерські документи, що підтверджують вартість товару та містять реквізити, необхідні для ідентифікації ввезеного товару. В залежності від умов поставки товару необхідно подати документи, що підтверджують транспортні (перевізні) витрати на транспортування та документи, що містять відомості про вартість перевезення оцінюваних товарів, копію імпортної ліцензії, якщо імпорт товару підлягає ліцензуванню та у випадку страхування перевезення товарів, – страхові документи, а також документи, що містять відомості про вартість страхування.

При перевірці заявленої вартості товарів, посадові особи органів Міндоходів повинні перевіряти наявність у підтверджуючих документах всіх відомостей в кількісному виразі, використаних при обчисленні митної вартості, на підставі даних, котрі містяться у документах, поданих для здійснення митного контролю та митного оформлення, зокрема у рахунку-фактурі або іншому документі, який визначає вартість товару.

У визначених в МКУ випадках можливим є застосування інших, крім основного методів визначення митної вартості. Такі випадки передбачені у ч. 1 та ч. 2 статті 58 МКУ. Основний метод визначення митної вартості не може бути використаний якщо наявні обмеження щодо прав покупця (імпортера) на використання оцінюваних товарів, або якщо щодо продажу оцінюваних товарів або їх ціни наявні будь-які умови або застереження, які унеможливлюють визначення вартості цих товарів, а також якщо жодна частина виручки від будь-якого подальшого перепродажу, розпорядження або використання товарів покупцем не надійде прямо чи опосередковано продавцеві, і у випадку якщо покупець і продавець пов'язані між собою особи, що впливає на ціну переміщуваних товарів.

Метод визначення митної вартості товарів за ціною договору (контракту) не може бути застосований також у випадку, якщо використані декларантом або уповноваженою ним особою відомості не підтверджені документально або не визначені кількісно і достовірні та/або відсутня хоча б одна із складових митної вартості, яка є обов'язковою при її обчисленні.

Застосуванню другорядних методів повинна передувати процедура консультацій між органом доходів і зборів та декларантом з метою визначення основи вартості відповідно до методів ціни товарів на основі ідентичних, або подібних товарів. Під час таких консультацій орган доходів і зборів та декларант можуть здійснити обмін наявною у кожного з них інформацією за умови додержання вимог щодо її конфіденційності.

Кожний наступний метод визначення митної вартості використовується тільки після встановлення неможливості використання попереднього. Винятком з даного правила є методи віднімання та додавання вартості, які застосовуються у будь-якій послідовності, але тільки на прохання декларанта або уповноваженої ним особи. Резервний метод використовується виключно у випадку неможливості застосування попередніх п'яти методів.

Чіткі правила визначення митної вартості товарів повинні позитивно вплинути на розвиток міжнародної торгівлі в Україні. Прозорі вимоги щодо декларування, підтвердження та визначення митної вартості створюють додаткові гарантії для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності для реалізації їх прав та свобод при переміщенні товарів через митний кордон.

ОСНОВНІ ЗАГРОЗИ ІНФОРМАЦІЙНІЙ БЕЗПЕЦІ ДЕРЖАВИ

Є. Пілат

Львівський національний університет імені Івана Франка

У найбільш широкому сенсі під національною безпекою держави розуміється безпека народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади. В даному випадку спільний інтерес народу полягає у сукупності збалансованих інтересів особи, суспільства і держави в найрізноманітніших сферах життєдіяльності – економічній, політичній, соціальній, інформаційній, тощо. Саме тому у теорії національної безпеки використовується поняття «життєво важливі інтереси».

Життєво важливі інтереси – це сукупність потреб, задоволення яких надійно забезпечує існування і можливості прогресивного розвитку особи, суспільства і держави. Національні інтереси носять довгостроковий характер. У сфері внутрішньої і зовнішньої політики держави цими інтересами визначаються:

1) основні цілі цієї політики;
2) стратегічні та поточні завдання.

Національні інтереси забезпечуються інститутами державної влади, що здійснюють свої функції у тісній взаємодії з інститутами громадянського суспільства.

Інтереси окремо взятої особи полягають у реалізації її конституційних прав і свобод, в забезпеченні особистої безпеки, у підвищенні якості та рівня життя, у фізичному, духовному та інтелектуальному розвитку людини і громадянина.

Інтереси суспільства полягають у зміцненні демократії, у розбудові правової, соціальної держави, в досягненні і підтриманні суспільної злагоди та благополуччя.

© Пілат Є., 2014

Інтереси держави полягають у непорушності конституційного ладу, суверенітету і територіальної цілісності, в політичній, економічній і соціальній стабільності, в безумовному забезпеченні законності і підтримці правопорядку, в розвитку рівноправного і взаємовигідного міжнародного співробітництва.

Національні інтереси держави в інформаційній сфері полягають у дотриманні конституційних прав і свобод громадян у сфері отримання інформації та користування нею, у розвитку сучасних телекомунікаційних технологій, у захисті державних інформаційних ресурсів від несанкціонованого доступу.

Досягненню національних інтересів перешкоджають ті чи інші загрози. Загроза – це сукупність умов та факторів, що створюють небезпеку життєво важливим інтересам особи, суспільства і держави.

Стан вітчизняної економіки, недосконаліть системи організації державної влади і громадянського суспільства, соціально-політична поляризація суспільства і криміналізація суспільних відносин, зростання організованої злочинності, загострення міжнаціональних та ускладнення міжнародних відносин створюють широкий спектр внутрішніх і зовнішніх загроз національній безпеці країни.

Забезпечення національної безпеки держави багато в чому визначається станом інформаційної безпеки.

Найважливішими завданнями забезпечення інформаційної безпеки є:

1) реалізація конституційних прав і свобод громадян у сфері інформаційної діяльності;

2) вдосконалення і захист вітчизняної інформаційної інфраструктури, інтеграція у світовий інформаційний простір;

3) протидія загрозі розв'язування протиборства в інформаційній сфері.

Серед потенційних загроз в інформаційній сфері в Законі України «Про основи національної безпеки України» (стаття 7) відзначаються й ризики інформаційних впливів: «прагнення маніпулювати суспільною свідомістю, зокрема, шляхом поширення недостовірної, неповної або упередженої інформації».

25 травня 2009 року Рада національної безпеки та оборони України схвалила проект Доктрини інформаційної безпеки України, яку увів у дію Президент України указом від 8 липня 2009 р. № 514/2009. У цьому документі серед основних реальних і потенційних загроз інформаційній безпеці країни у внутрішньополітичній сфері названі «деструктивні інформаційні впливи, у тому числі із застосуванням спеціальних засобів, на індивідуальну, групову та суспільну свідомість», а також «поширення суб'єктами інформаційної діяльності перекручувань, недостовірної та упередженої інформації».

Загрози інформаційній безпеці держави умовно можна поділити на внутрішні та зовнішні.

До числа джерел зовнішніх загроз слід віднести:

1) діяльність іноземних політичних, економічних, військових і розвідувальних структур, спрямована проти інтересів держави в інформаційній сфері;

2) політика домінування окремо взятих держав у світовому інформаційному просторі, спрямована на протидію доступу до інформаційних ресурсів та новітніх інформаційних технологій;

3) політика окремо взятих держав щодо посилення технологічної залежності у сфері інформатизації;

4) діяльність міжнародних терористичних та злочинних спільнот, організацій і груп;

5) розробка низкою держав концепцій «інформаційних війн», які передбачають створення засобів небезпечного впливу на інформаційні сфери інших держав, порушення нормального функціонування інформаційних і телекомунікаційних систем, збереження інформаційних ресурсів або отримання несанкціонованого доступу до них.

Джерелами внутрішніх загроз інформаційної безпеки є:

1) відсутність історичного, політичного і соціального досвіду життя в громадянському суспільстві та правовій державі, істотно утрудняє процес практичної реалізації конституційних прав і свобод громадян, в тому числі й в інформаційній сфері;

2) нездатність вітчизняних галузей електронної промисловості виробляти наукоємну конкурентоспроможну продукцію на базі новітніх досягнень мікроелектроніки, передових інформаційних технологій, що не дозволяє забезпечити достатній рівень технологічної незалежності;

3) посилення організованої злочинності і збільшення числа комп'ютерних злочинів, що знижують захищеність законних інтересів громадян, суспільства і держави в інформаційній сфері;

4) зниження рівня освіченості громадян, істотно ускладнює підготовку трудових ресурсів для використання новітніх технологій, у тому числі інформаційних;

5) недостатня координація діяльності органів виконавчої влади з формування та реалізації єдиної державної політики забезпечення інформаційної безпеки;

6) відставання від провідних держав світу за рівнем інформатизації органів державної влади, кредитно-фінансової сфери, промисловості та побуту громадян, обмежує можливість входження нашої держави у світове інформаційне співтовариство, а також отримання від цього достатньої економічної та соціально-політичної вигоди.

Загрози інформаційної безпеки держави по їх загальній спрямованості поділяються на:

1) загрози конституційним правам і свободам громадян, реалізованим в інформаційній сфері;

2) загрози інформаційній інфраструктурі;

3) загрози інформаційних ресурсів.

Наслідками реалізації загроз можуть бути: нанесення істотного економічного збитку, зниження темпів науково-технічного розвитку країни, підрив її оборонного потенціалу, втрата культурної спадщини, прояв бездуховності та аморальності, а також нанесення фізичної, матеріальної та моральної шкоди громадянам.

СОЦІАЛЬНЕ ПІДПРИЄМНИЦТВО В УКРАЇНІ: ОПТИМАЛЬНІ ЮРИДИЧНІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНІ СПОСОБИ ФУНКЦІОНУВАННЯ

Т. Полянський

Львівський національний університет імені Івана Франка

«Соціально-відповідальний бізнес» стає одним з «модних» трендів сучасного українського підприємництва. Незважаючи на це чинне законодавство здебільшого не створює відчутних переваг або пільгових умов для такого роду підприємництва. Метою цієї доповіді є коротке представлення результатів більш широкого дослідження сучасного стану та перспектив ведення соціального бізнесу в умовах українських законодавчих реалій.

Соціальне підприємництво – це один із способів організації господарської діяльності, в результаті якої значна частина або весь дохід (прибуток) підприємства спрямовується на фінансування проектів, заходів, програм і т.п. щодо підтримки соціально-вразливих верств населення. Утворене в процесі або для такої діяльності підприємство (у т. ч. реорганізовану громадську організацію) можна назвати «соціальним підприємством».

Якщо метою «звичайного» підприємництва є отримання прибутку для його подальшого розподілу між засновниками/акціонерами підприємства, то метою «соціального» підприємництва є отримання прибутку для його спрямування на соціальні цілі.

Чинне українське законодавство не визначає і прямо (із застосуванням відповідної термінології) не встановлює нормативних вимог щодо ведення соціального підприємництва. Між тим, діюче законодавство дає право названим нижче юридичним особам:

1) благодійним організаціям – вести господарську та фінансову діяльність, прибуток від якої звільняється від оподаткування, якщо така діяльність спрямована на виконання статутних цілей цих організацій і здійснюється в межах їх основної діяльності (див., зокрема, ЗУ «Про благодійництво та благодійні організації» (ст. 20 і ст. 21), ПК України (п. 157.3));

2) благодійним організаціям та громадським організаціям інвалідів – створювати підприємства, дохід яких може спрямовуватися на фінансування діяльності таких організацій і, отже, підпадати під пільгові умови оподаткування (див., зокрема, ЗУ «Про благодійництво та благодійні організації» (ст. 13), «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» (ст. 14), ПК України (ст. 154, 136.1.8. «в»; п.138.5.3, 138.10.6. «а», п. 139.1.1, 152.6, п. 197.1.15));

3) неприбутковим організаціям (у т.ч. благодійним організаціям) – звільняти від оподаткування не тільки дохід від своєї основної (статутної) діяльності (абз. 3 п. 157.3 ПКУ), але і низку інших доходів, отриманих у вигляді: а) грошових коштів або майна, які надходять безоплатно або у вигляді безповоротної

© Полянський Т., 2014

фінансової допомоги чи добровільних пожертвувань, б) пасивних доходів, в) дотацій або субсидій, отриманих з державного або місцевого бюджетів, державних цільових фондів або в межах технічної чи благодійної, у тому числі гуманітарної допомоги (див., зокрема, п. 157.3 ПК України).

До 01.01.2003 р. неприбутковим організаціям (у т.ч. благодійним організаціям) було вигідніше самостійно фінансувати свою діяльність шляхом створення власних підприємств, прибуток яких – після сплати належних податків і зборів – спрямовувався таким організаціям.

З вказаної дати набули чинності зміни до ЗУ «Про оподаткування прибутку підприємств», яким було розширено поняття «основної діяльності неприбуткових організацій» (ведення якої не обкладалося податком на прибуток підприємств), до якої також були віднесені «продаж неприбутковою організацією товарів (послуг), що пропагують принципи та ідеї, для захисту яких було створено таку неприбуткову організацію, та які є тісно пов'язаними з її основною діяльністю, якщо ціна таких товарів (послуг) є нижчою за звичайну або коли така ціна регулюється державою». Отже, неприбуткові, зокрема благодійні, організації почали ширше вести власну господарську та фінансову діяльність.

Чинний ПК України, з незначними і несуттєвими змінами, залишив вказане визначення основної діяльності і зберіг податкові преференції як для неприбуткових організацій, так і для громадських організацій інвалідів.

Ґрунтуючись на положеннях Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), Господарського кодексу України, ЗУ «Про благодійництво та благодійні організації», «Про основи соціальної захищеності інвалідів», соціальне підприємництво в Україні в основному функціонує в правових формах:

– неприбуткових організацій – створюється зацікавленими фізичними та юридичними особами та здійснює дозволену господарську та фінансову діяльність;

– підприємства об'єднання громадян (неприбуткової організації або громадської організації інвалідів) – створюється таким об'єднанням громадян і здійснює будь-яку передбачену статутом господарську діяльність на основі права господарського відання або оперативного управління;

– господарського товариства – створюється зацікавленими фізичними та юридичними особами (у т. ч. може створюватися самої благодійною організацією, її працівниками) найчастіше в організаційно-правовій формі товариства з обмеженою відповідальністю і має право здійснювати будь-яку не заборонену законодавством господарську діяльність;

– приватного підприємства – створюється членами-учасниками, засновниками неприбуткових організацій або громадських організацій інвалідів або самими цими організаціями.

Залежно від короткострокових і стратегічних цілей діяльності неприбуткової благодійної організації, вона може вибирати одну або декілька з охарактеризованих вище видів діяльності.

1. Якщо існуючі види господарської/фінансової діяльності неприбуткової благодійної організації приносять або, в умовах залучення в майбутньому значних ресурсів, будуть приносити достатньо доходу для її самофінансування, то рекомен-

дуємо не створювати окремих юридичних осіб або реєструвати ФОП, а тільки оптимізувати/реорганізувати здійснювану господарську/фінансову діяльність.

2. Якщо метою такої неприбуткової організації є розгортання більш масштабної господарської діяльності, будь-яких її видів, і при цьому вони мають або планують отримати достатньо для цього ресурсів, рекомендуємо створювати: а) підприємство об'єднання громадян – неприбуткову організацію (якщо її єдиним засновником і власником має намір бути тільки таке об'єднання громадян), б) ТОВ (якщо його засновниками та/або учасниками будуть як одна, так і декілька юридичних і фізичних осіб).

3. Якщо метою неприбуткової організації є здійснення господарської діяльності в невеликих розмірах – за видами, дозволеними законодавством для таких неприбуткових організацій, – із залученням наявних матеріальних і людських ресурсів, рекомендуємо реєструвати приватне підприємство або провести державну реєстрацію однієї/кількох фізичних осіб – підприємців.

ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕМЕНТІВ ЕЛЕКТРОННОЇ ДЕМОКРАТІЇ В УКРАЇНІ

В. Прус

Львівський національний університет імені Івана Франка

З огляду на останні події, як світові так і українські, можна чітко помітити, як сучасні технології впливають на розвиток суспільства, зокрема, на розвиток демократії в країні. Різноманітні інформаційно-комунікаційні технології, соціальні сітки, блоги, незалежне громадське інтернет-телебачення – невід'ємні інструменти поширення інформації, обговорення важливих політичних питань, в тому числі організації мітингів і протестів. Все це впливає на демократичні процеси в державі. З появою комунікативних технологій всесвітньої мережі Web 2.0 громадянам доступні нові шляхи участі в демократичних процесах. Щоправда вони не заміняють представницьку демократію в парламентах, але суттєво її доповнюють. Однак, коли мова заходить про електронну демократію (е-демократію) більшість людей ототожнює це поняття лише з електронними виборами. Також Е-демократію слід відрізняти від різноманітних систем віртуальних управлінь, що пропонують надання електронних адміністративних послуг. Е-демократія не надає можливості реалізовувати управлінські функції – це охоплюється поняттям електронного урядування. Тому, постає необхідність визначити поняття електронної демократії та її основні елементи.

Більшою мірою е-демократія охоплює можливості електронної участі – тобто формування спільного суспільного життя. В основному е-демократію називають цифровим посередницьким онлайн-контактом як у середині громадян-

© Прус В., 2014

ського суспільства, так і між ним та державними установами. За допомогою віртуальних зборів громадян в будь-якому місті можна створити дискусію в онлайн-форумі наприклад на специфічну для міста тему, або ж отримати інформацію стосовно даної теми. Крім того, компетентні громадяни можуть між собою чи з експертами обмінюватись думками з приводу певного питання, а також двохсторонньо розвиватись в своїй спеціалізації і додатково залишати відгуки для експертів. Ідеї, ініціативи, концепції, що виникли на форумі, можуть бути відіслані до відповідних органів, які внаслідок цієї кооперації приймають рішення, беручи до уваги громадську думку. За допомогою електронної демократії ламається старий принцип прийняття рішень «зверху-вниз» елітарного характеру, що на сьогоднішній день є дуже актуально для нашої держави. Люди, які перебувають сьогодні на вулицях своїми мітингами, протестами показують, що вони здатні до самоорганізації і до їхньої думки потрібно прислухатися.

Для визначення поняття електронної демократії необхідно в першу чергу звернутися до досвіду тих країн, які успішно вже не один рік впроваджують елементи електронної демократії у суспільстві. Позитивний досвід таких держав став поштовхом для прийняття 18 лютого 2009 року Комітетом міністрів Ради Європи Рекомендацій з приводу електронної демократії. Електрону демократію визначають як інструмент зміцнення демократії, демократичних інститутів та демократичних процесів за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій. Її головним завданням є «електронна підтримка демократії». Е-демократія є однією зі стратегій підтримки демократії, демократичних інститутів, демократичних процесів і поширення демократичних цінностей. Вона доповнює традиційні інструменти демократії і є взаємопов'язаною з ними. В Україні також досить часто оперують поняттям електронної демократії, так в Розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні» від 15 травня 2013 року № 386-р визначено, що електронна демократія – форма суспільних відносин, за якої громадяни та організації залучаються до державотворення та державного управління, а також до місцевого самоуправління шляхом широкого застосування інформаційно-комунікаційних технологій (далі – е-демократія). Відповідно до цієї урядової Стратегії розвиток електронної демократії в Україні має сприяти становленню відкритого демократичного суспільства, яке гарантуватиме дотримання конституційних прав громадян щодо участі у суспільному житті, прийнятті відповідних рішень органами державної влади та органами місцевого самоврядування.

Виділяють наступні елементи електронної демократії:

Електронний парламент – полягає в застосуванню інформаційно-комунікаційних технологій колегіальними виборними органами, їхніми членами чи посадовими особами для реалізації своїх функцій шляхом залучення якомога більшої кількості громадян. Електронний парламент охоплює зокрема аспекти електронного законодавства, електронного голосування, електронних звернень, електронних консультацій. Завданням електронного парламенту є підвищення реалізації принципів представницької демократії, запровадження більшої прозорості в роботі представницьких органів.

Електронне законодавство – це використання інформаційно-комунікаційних технологій для розробки, структурування, форматування, коментування, подання, внесення змін, голосування та прийняття проектів законів, постанов та інших нормативно-правових актів. Це робить законодавчу процедуру більш прозорою, забезпечує краще змістове наповнення нормативно-правового акту та забезпечує кращий доступ до нього.

Електронне правосуддя включає в себе електронний зв'язок і обмін даними, а також доступ до судової інформації. Електронне правосуддя є важливим інструментом електронної демократії, основна мета полягає в підвищенні ефективності судової системи та якості правосуддя.

Електронні вибори та референдуми, електронні ініціативи припускають в процесі голосування проведення волевиявлення в електронному режимі. Дана система прискорює процедуру моніторингу волевиявлення громадян, а також полегшує участь громадян у голосуванні на великих відстанях та участь в голосуванні громадянам з особливими потребами. Також виділяють електронну консультацію як спосіб визначення громадської думки з того чи іншого питання за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій. Існують різні форми електронної консультації: офіційні та неофіційні, такі, що регулюються публічно-владними структурами і такі, що не регулюються. Одним з елементів електронної демократії є електронні клопотання (петиції) – електронна доставка протесту чи рекомендації певного числа громадян держави.

Електронні кампанії полягають в залученні громадян за допомогою електронних засобів до участі в виборчих чи інших кампаніях. Мета електронних кампаній полягає в тому, щоб переконати громадянина безпосередньо або опосередковано впливати на формування чи реалізацію тої чи іншої державної політики.

Таким чином електронна демократія є надзвичайно корисним інструментом залучення громадськості до політичних процесів у суспільстві, як на загальнодержавному рівні, так і на локальному (місцевому) рівні. Демократичні країни застосовують на даному етапі надзвичайно широкий спектр елементів електронної демократії і такий перелік інструментів тільки буде розширюватись разом з розвитком інформаційно-комунікаційних технологій та ширшого їх застосування громадянами. В світлі останніх подій можна побачити як широко громадяни України використовували елемент електронної демократії – електронні петиції для звернення в державні органи зарубіжних країн. Окрім цього окремі елементи електронної демократії вже запроваджені в Україні: електронний парламент (не у повній мірі) та електронні суди («Єдиний державний реєстр судових рішень»), без яких роботу окремих державних органів, приватних компаній, представників окремих професій (зокрема юристів) та й звичайних громадян годі уявити. Однак для запровадження всього спектру елементів електронної демократії необхідно досягти кількох умов: підвищувати доступ громадян до засобів електронного зв'язку; забезпечити дієвість інструментів електронної демократії; організувати та забезпечити захист електронних систем від несанкціонованого доступу (в світлі останніх подій: хакерських атак на державні та недержавні сайти і цілковитої безпорадності з протидії таким атакам з боку відповідних державних служб про

якийсь захист говорити рано); основною умовою з запровадження електронної демократії є наявність розвинутої демократії в державі, а над цим в Україні треба ще працювати, зокрема більше з боку самих державних органів, ніж громадян.

ПРИЙНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО АКТА ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ЗДІЙСНЕННЯ ІНСПЕКЦІЙНИХ ЗАХОДІВ

Ю. Самагальська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інспекційні заходи – це сукупність способів і методичних прийомів інспекційної діяльності, які застосовуються адміністративним органом в межах повноважень, визначених законодавством. А під інспекційною діяльністю ми розуміємо сукупність дій, спрямованих на проведення перевірки адміністративним органом щодо особи.

Інспекційне провадження (сукупність послідовно здійснюваних процедурних дій та прийнятих процедурних рішень, спрямованих на проведення перевірки адміністративним органом щодо особи, які завершуються прийняттям адміністративного акта і його виконанням), як і інше адміністративне провадження закінчується прийняттям адміністративного акта, що є окремою процедурною стадією.

Перш за все, варто зазначити, що відповідно до проекту Адміністративно-процедурного кодексу України від 01.12.2012 року, який і мав би врегулювати адміністративну процедуру, інспекційну зокрема, адміністративний акт визначається як рішення (правовий акт) індивідуальної дії, прийняте адміністративним органом за результатом розгляду адміністративної справи. Адміністративний акт в інспекційному провадженні – це прийняте інспекційним органом рішення про відповідність діяльності особи, щодо якої здійснювалися інспекційні заходи, нормам чинного законодавства. Такий акт у інспекційному провадженні уповноважений прийняти керівник відповідного адміністративного органу за результатом здійснення інспекційного заходу на основі відповідного проміжного акту – акту про здійснення інспекційних заходів. В залежності від виду інспекційного провадження і органу, що його здійснює, проміжний акт як результат здійснення інспекційних заходів може складається у формі протоколу, довідки, припису чи у формі іншого акта, що передбачений законодавством.

А Державна служба з захисту персональних даних закінчує перевірку складанням припису, який і вважається адміністративним актом (в інших провадження має характер проміжного рішення) і має складатися протягом п’яти днів з дня завершення перевірки. Адресат зобов’язаний протягом певного тер-

© Самагальська Ю., 2014

міну, передбаченого приписом, вжити заходів щодо усунення недоліків, порушень і письмово подати державній службі інформацію про це разом із підтверджуючими документами.

Що ж до адміністративного акту, то Кодекс про адміністративні правопорушення від 01.06.1984 року передбачає винесення постанови по справі, та в ряді випадків за результатами розгляду справи адміністративний акт може мати й іншу форму (так виконавчий орган сільської, селищної, міської ради по справі про адміністративне правопорушення приймає постанову у формі рішення, Податковий кодекс України від 02.12.2010 року передбачає прийняття податкового повідомлення-рішення).

Зазвичай, діюче законодавство передбачає інспекційним органам строк 5 днів після закінчення здійснення інспекційних заходів для складення такого адміністративного акту. Продовження строку не допускається.

Адміністративний акт, як і будь-який інший офіційний документ, умовно складається з:

1) Вступної частини, у якій зазначаються: дата і місце його складання; підстава для проведення інспекційного заходу; прізвище, ім'я та по батькові, посада, місце роботи посадової особи, що його проводить; предмет інспекційного заходу; назва особи, щодо якої здійснювався інспекційний захід; місце розташування її та загальні відомості про нього; дати початку й закінчення інспекційного заходу; період, за який перевірявся суб'єкт; перелік посадових осіб, що здійснювали керівництво цим суб'єктом протягом цього періоду;

2. Описової, яка передбачає законодавче закріплення інспекційного заходу, повноваження суб'єктів його здійснення та нормативне регулювання об'єкту інспекційного провадження.

3. Констатуючої, у якій зазначаються зміст, характер і результати інспекційного заходу та яка може бути поділена на тематичні розділи за окремими напрямами чи етапами інспекційного заходу. Вона повинна містити:

1. Результати здійснення інспекційних заходів з усіх питань, передбачених планом здійснення інспекційних заходів;

2. Об'єктивну оцінку діяльності суб'єкта щодо дотримання законодавства;

3. Наявність або відсутність ознак його порушень;

4. Внесення рекомендацій тощо.

Результати інспекційного заходу викладаються в акті на підставі перевірених даних і фактів, що випливають із проміжного акта, наявних оригіналів документів перевірки, а також інших даних. При складанні адміністративного акта повинна бути додержані об'єктивність і вичерпність опису виявлених фактів і даних. Викладені в ньому порушення повинні мати посилання на конкретні пункти, статті, розділи нормативно-правових актів, які порушені. Крім того, варто зазначити, що при складанні адміністративного акта довільне тлумачення положень законодавства не допускається.

Варто зазначити, що сьогодні чинне законодавство не завжди передбачає присутність особи при складенні такого адміністративного акту. Але ми вважаємо, що за відсутності цієї особи справу може бути розглянуто лише у випадках,

коли є дані про своєчасне її сповіщення про місце і час розгляду справи і якщо від неї не надійшло клопотання про відкладення розгляду справи. Інші особи, які беруть участь у інспекційному провадженні теж повинні повідомлятися про день розгляду справи в той же строк.

На стадії прийняття адміністративного акта керівник відповідного адміністративного органу здійснює ряд дій, які покликані дати відповідь на такі питання:

1) чи належить до його компетенції дане інспекційне провадження;

2) чи правильно складено проміжний акт та інші матеріали провадження;

3) чи сповіщено осіб, які є учасниками провадження;

4) чи витребувано необхідні додаткові матеріали;

5) чи є і чи підлягають задоволенню клопотання учасників інспекційного провадження;

6) чи є обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність, а також з'ясувати інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи та прийняття адміністративного акта.

Важливо, що у разі розгляду справи про адміністративне правопорушення ведеться протокол, в якому зазначаються: дата і місце засідання; найменування і склад органу, який розглядає справу; зміст справи, що розглядається; відомості про явку осіб, які беруть участь у справі; пояснення осіб, які беруть участь у розгляді справи, їх клопотання і результати їх розгляду; документи і речові докази, досліджені при розгляді справи; відомості про оголошення прийнятої постанови і роз'яснення порядку та строків її оскарження. Протокол засідання підписується посадовою особою, яка розглянула справу, а у разі якщо орган колегіальний – головуючим на засіданні і секретарем цього органу. Постанова про адміністративне правопорушення приймається простою більшістю голосів членів колегіального органу, присутніх на засіданні. Постанова по справі про адміністративне правопорушення підписується посадовою особою, яка розглянула справу, а постанова колегіального органу – головуючим на засіданні і секретарем цього органу.

По справі про адміністративне правопорушення, орган (посадова особа) виносить одну з таких постанов:

1) про накладення адміністративного стягнення;

2) про застосування заходів впливу;

3) про закриття справи.

Постанова оголошується негайно після закінчення розгляду справи. Копія постанови протягом трьох днів вручається або висилається особі, щодо якої її винесено. Копія постанови вручається під розписку.

Цікавим є факт, що в державному секторі (внутрішні перевірки), особа, щодо якої здійснювався інспекційний захід, у разі відсутності заперечень або зауважень до акта за результатами інспекційного заходу зобов'язана протягом 7 робочих днів з дня його підписання провести розгляд результатів проведення інспекційного заходу, розробити план заходів щодо усунення виявлених порушень і недоліків із зазначенням конкретних строків їх усунення та притягнути в межах своєї компетенції до відповідальності підлеглих, винних у скоєні пору-

шень. Копії плану заходів щодо усунення виявлених порушень і недоліків, наказу про притягнення до відповідальності посадових осіб, винних у виявлених порушеннях та недоліках, направляються протягом 20 днів з дня підписання офіційного документа до інспекційного органу, наказом якого було призначене проведення інспекційного заходу.

Таку норму варто було б закріпити і в Законі «Про інспекційну діяльність». В такому разі, відпала б потреба здійснювати позаплановий інспекційний захід.

Окремо варто чітко розмежувати поняття і сутність проміжного акта (як частини матеріалів справи) за результатами здійсненні інспекційного заходу та адміністративного акта як рішення органу публічної адміністрації, що має юридичну силу та може бути оскарженим у встановленому законом порядку.

ВИМОГИ ДО ПРОФЕСІЙНОЇ КОМПЕТЕНТНОСТІ ОСОБИ, ЯКА ПРЕТЕНДУЄ НА ЗАЙНЯТТЯ ПОСАДИ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

Г. Ткач

Львівський національний університет імені Івана Франка

Державно-управлінська діяльність в сучасних умовах існування держави вимагає глибоких знань, високої кваліфікації, правосвідомості, особливих людських якостей. Потреба в справжніх професіоналах зумовлена багатофункціональністю і високим рівнем складності службової діяльності у владних структурах. Підготовка висококваліфікованих кадрів є запорукою могутності і високого авторитету державної служби.

У всі часи, а особливо сьогодні, діловитість, професіоналізм і відповідальність є затребуваними на державній службі. Тому її важливим елементом є кваліфікований та ефективний відбір державних службовців, які в майбутньому будуть визначати напрями соціально-економічного розвитку, діяльності відповідних органів та реалізувати їх компетенцію. Цей відбір включає в себе цілий ряд умов доступу та вимог до осіб, які кандидують на посади державної служби, як професійного так і морального характеру.

Аналіз законодавства про державну службу ряду зарубіжних країн, проведений авторами видання «Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України», дозволив виділити такі найважливіші умови доступу до державної служби: 1) громадянство держави, на службу якої вступає особа; 2) повна дієздатність; 3) володіння державною мовою (мовами); 4) перебування в межах певного віку; 5) наявність відповідної освіти; 6) відсутність судимості; 7) відсутність кровної або матеріальної спорідненості претендента на посаду з майбутнім безпосереднім керівником; 8) фізична (медична) придатність; 9) дотримання військового

© Ткач Г., 2014

законодавства; 10) неналежність до організацій, заборонених у судовому порядку або законодавством; 11) попередній професійний досвід; 12) проходження підготовчої служби. Для порівняння, умовами доступу до державної служби, передбачених в новому Законі України «Про державну службу» є:

Вперше поняття вимог з'явилося в Законі України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 року, зокрема в ст. 5, яка озаглавлена як «Етика поведінки державного службовця». Аналізуючи положення цієї статті, приходиш до висновку, що вони більше стосуються позитивних обов'язків державних службовців, а не їх поведінки і цілком не мають відношення до вимог, що пред'являються до кандидатів на посади державної служби.

Першим документом, в якому закріплювались деякі вимоги, став Довідник Типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців, прийнятий в 1999 р. На виконання нового Закону України «Про державну службу», прийнятому в 2011 році і який повинен набрати чинності з 1 січня 2014 року, Національне агентство з питань державної служби своїм наказом від 13.09.2011 р. затвердило новий Довідник типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців. В цьому Довіднику поміщені рекомендації, які мають бути використані при розробці конкретних професійно-кваліфікаційних характеристик посад державних службовців. Довідник має сприяти правильному вирішенню питань перерозподілу праці поміж державними службовцями, забезпечувати єдність при визначенні їх посадових обов'язків, повноважень та кваліфікаційних вимог, що до них ставляться.

Кожна професійно-кваліфікаційна характеристика складається з трьох розділів: «Завдання, обов'язки та повноваження», «Має право», «Повинен знати», «Кваліфікаційні вимоги». Наведені в останньому розділі вимоги мають узагальнюючий характер. Вони конкретно будуть визначатись з урахуванням специфіка роботи, складу кадрового резерву, можливостей підготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і конкурсу, що проводиться при їх підборі. Їх метою є призначення на відповідні посади найбільш кваліфікованих та досвідчених кандидатів, забезпечення високого професійного рівня корпусу державних службовців відповідно до сучасних потреб державного управління.

Для зайняття будь-якою професійною діяльністю людина повинна володіти певними пріоритетними професійними якостями. Щодо державних службовців, то вчені – представники різних наукових шкіл до такого переліку відносять: здоров'я і фізичну витривалість; розум і розумову працездатність; свідому, тверду і наполегливу волю; почуття обов'язку; турботу про загальне благо; загальний світогляд; активність, енергію; небагатослівність; глибоку компетентність в специфіці, характерній для даної професії (А. Файоль).

Ф. Тейлор (США) до таких рис відносить: здоров'я, розум; добрий адміністратор, вміння організувати і контролювати; чесність, відповідальність, почуття обов'язку; кмітливість, здоровий глузд, вміння передбачати; енергію, такт, освіту, спеціальну обізнаність.

Т. Конно (Японія) вважає, що державний службовець повинен мати здоров'я, бути рішучим, енергійним та ініціативним; безкорисним, лояльним; вияв-

ляти гнучкість, здатність передбачати, вміння підтримувати здорову атмосферу міжособистісних стосунків; бути цілеспрямованим, наполегливим, комунікабельним, навчатись.

Цікавим є перелік професійних якостей, які пропонує російський вчений А.М. Омаров. На перше місце він ставить ідейно-політичну підготовку, вміння кореспондувати свої дії з політичними завданнями; далі це – єдність слова і діла, оперативність в прийнятті рішень, послідовність та ініціативність в забезпеченні їх виконання; порядність, справедливість, скромність, простота, гнучкість, здатність швидко і правильно оцінювати ситуацію, передбачати хід подій, знаходити найкращий підхід до ситуацій, які виникають і найкоротший шлях до досягнення цілей; знання людської психології, здатність спрацюватись сутності виконуваної роботи.

З аналізу висловлених позицій вченими різних часів та континентів випливає, що вони близькі в тому, що успіх супроводжує професійно, фізично і морально здорових людей, які володіють широкими знаннями і вміннями, сповідують благородну мотивацію своїх намірів, а це не що інше, як професійна компетентність. Вимоги до рівня цієї компетентності в сучасному світі повинні враховувати швидкозмінне зовнішнє середовище і потреби суспільства.

З огляду на це, професійна компетентність особи повинна включати найперше глибокі професійні знання, які були б результатом її самоосвіти та постійної інтелектуально-аналітичної діяльності. Наступною складовою є набуті особою в процесі певної діяльності вміння і навички, тобто здатність застосовувати набуті знання на практиці, аналізувати і синтезувати інформацію і реально оцінювати ситуацію, яка складається. Дуже важливим є ставлення особи до своєї майбутньої службової діяльності. Воно повинно бути шанобливим, з усвідомленням почуття власної гідності, глибоким бажанням використовувати свій професіоналізм на благо людям, дбаючи при цьому про авторитет і репутацію державної служби і органу, в якому вона служить.

Згадані вище вимоги до відповідних знань, умінь та якостей особи, яка претендує на посаду державної служби, помалу починають знаходити своє закріплення в оновленому законодавстві про державну службу.

Вперше в новому Законі України «Про державну службу» дано визначення терміну «профіль професійної компетентності посади державної служби», як комплексної характеристики посади державної служби, що містить визначення змісту виконуваної за посадою роботи та перелік спеціальних знань, умінь і навичок, необхідних державному службовцю для виконання посадових обов'язків а також «рівень професійної компетентності особи», під яким слід розуміти характеристику особи, що визначається її освітньо-кваліфікаційним рівнем, досвідом роботи та рівнем володіння спеціальними знаннями, уміннями та навичками. А в ст. 15 Закону закріплені вимоги до рівня професійної компетентності особи, яка претендує на зайняття посади державної служби. Це мінімальні загальні вимоги до освітньо-кваліфікаційного рівня та досвіду роботи. Вони є відповідними для посад кожної групи і підгрупи. Інші вимоги, які пов'язані зі сферою службової діяльності, її особливостями, а також для конкретних посад підгруп групи 1, визначаються суб'єктом призначення на ці посади,

а для посад груп 11, 111, 1У – керівником державної служби у відповідному органі, органі влади АРК або їх апараті.

Відповідно, на виконання цих положень Закону, Національне агентство з питань державної служби наказом від 16.05.2012 р. затвердило Типовий профіль професійної компетентності посади керівника апарату та мінімальні вимоги до рівня професійної компетентності осіб, які претендують на зайняття цієї посади, а також Порядок визначення спеціальних вимог до досвіду роботи, вимог до напряму підготовки (отриманої особою спеціальності) та інших вимог до рівня професійної компетентності осіб, які претендують на зайняття посад державної служби груп 11, 111, 1V і V.

Типовий профіль професійної компетентності посади… закріплює характеристику посади, зокрема вказує на найменування органу, найменування посади в державному органі, органі АРК або їх апараті, групу та підгрупу посади державної служби, мету посади, зміст виконуваної за посадою роботи. Позитивним в цьому акті є те, що в ньому поміщені мінімальні загальні вимоги до рівня професійної компетентності особи, зокрема наявність освітньо-кваліфікаційного рівня спеціаліст(магістр); повної вищої освіти; стажу роботи залежно від групи та підгрупи посади; досвіду роботи у сфері управління людськими ресурсами; перелік знань, умінь та навичок, необхідних для виконання посадових обов'язків. Особливої уваги заслуговують вимоги, що стосуються морально-етичних засад, цінностей державної служби, які повинна підтримувати і виражати у своїй діяльності особа – претендент на посаду керівника апарату. До них належить сприяння формуванню позитивного іміджу державної служби; запобігання виникненню конфлікту інтересів; здатність максимально використовувати власні можливості; критично аналізувати кінцеву ефективність, стиль та методи власної організаційно-управлінської діяльності і знаходити шляхи її подальшого вдосконалення; відповідальність та лідерство.

Профілі професійної компетентності посад та Порядок визначення спеціальних вимог до досвіду робот будуть використовуватись керівником державної служби, службою персоналу, керівниками структурних підрозділів для диференціації вимог до рівня професійної компетентності осіб, які претендують на зайняття посад державної служби 11-У груп, визначення за кожною посадою обсягу відповідальності та повноважень, оцінювання відповідності рівня професійної компетентності претендентів встановленим вимогам, визначення особистих потреб державних службовців у навчанні та підвищенні рівня професійної компетентності. Ці документи стануть основою для розроблення посадових інструкцій для вказаних вище посад.

Відбір громадян України на посади державної служби з урахуванням вимог, про які йшлося вище, допоможе формувати корпус державних службовців з людей, які будуть вирізнятись глибоким науковим розумінням предмета службової діяльності; вміти діалектично сприймати реальну дійсність і всебічно аналізувати ситуацію, яка складається, і на цій основі прораховувати перспективи її розвитку; володіти мистецтвом прийняття зважених рішень і організації їх виконання. Такими повинні бути державні службовці сучасної формації.

КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ

А. Школик
Львівський національний університет імені Івана Франка

Класифікацію видів адміністративної процедури або ж адміністративних проваджень наводять у своїх підручниках та інших публікаціях практично усі провідні вітчизняні адміністративісти. Однак вплив доктрини радянського адміністративного права протягом тривалого часу був настільки сильним, що класифікації адміністративних проваджень навіть у виданнях початку третього тисячоліття нерідко повторюють напрацювання попередньої епохи.

Зокрема, в Академічному курсі Адміністративного права України (Том 1, 2004 рік), як, зрештою і в багатьох інших підручниках та навчальних посібниках доволі «традиційно» називаються такі види неюрисдикційних проваджень: з підготовки й ухвалення нормативних правових актів; з підготовки й ухвалення індивідуальних правових актів; з укладення адміністративних договорів; з розгляду пропозицій і заяв громадян; реєстраційне і дозвільне; установче; з реалізації контрольно-наглядових повноважень; виконавче; з діловодства та ін.

У цьому переліку назви проваджень сформульовано за різними критеріями: видом актів, що приймаються адміністративними органами, видом звернення громадян, сферою функціонування публічної адміністрації. На нашу думку, таке поєднання видається не надто логічним, адже, наприклад, реєстраційне та дозвільне провадження передбачають, зокрема, розгляд заяв громадян, а також – підготовку та ухвалення індивідуального правового акта. Інакше кажучи, цей перелік містить внутрішні дублювання, і в кращому випадку його можна розглядати як орієнтуючий для студентів. Проте в контексті чіткості як адміністративно-правової доктрини, так і навчальної літератури вважаємо методологічно неправильним змішувати в одному переліку види проваджень, сформульованих за відмінними критеріями.

Однак в одному з перших в Україні навчально-методичних посібників з Адміністративно-процедурного права А.Ю. Осадчий наводить найважливіші, на нашу думку, класифікації, які є шляхом до розуміння змісту аналізованої категорії. Зокрема, автором виділяються такі види адміністративної процедури:

1) в залежності від форми управлінської діяльності, яку опосередковує та чи інша процедура – адміністративні правотворчі та адміністративні правозастосовчі;

2) в залежності від спрямованості процедури та меж її здійснення – внутрішні (внутрішньо-організаційні) та зовнішні (зовнішньо-організаційні);

3) в залежності від суб'єкта, за ініціативою якого розпочинається провадження в адміністративній справі – заявні та втручальні.

На нашу думку, виділення саме цих трьох класифікацій адміністративних процедур є цілком виправданим в контексті їх важливості та з'ясування сутності

© Школик А., 2014

та сфери застосування поняття «адміністративна процедура». При цьому зазначимо, що перші дві класифікації є достатньо усталеними у вітчизняній правовій доктрині, а третя щораз ширше висвітлюється в публікаціях українських науковців, а також фактично застосовується в проекті Адміністративно-процедурного кодексу України в частині відмінних юридичних норм щодо ініціювання адміністративного провадження.

Проведений порівняльно-правовий аналіз наведених класифікацій адміністративної процедури дозволяє зробити деякі висновки щодо змісту цього поняття та меж його застосування. Порядок функціонування публічної адміністрації визначають усі названі за трьома виділеними критеріями види адміністративної процедури: правотворчі та правозастосовні (або вужче: процедури з прийняття адміністративними органами нормативних та індивідуальних адміністративних актів), внутрішні та зовнішні, заявні та втручальні. Інакше кажучи, адміністративно-процедурні норми наявні більшою чи меншою мірою в усіх названих видах процедури.

Іншим питанням є доцільність регулювання усіх названих видів адміністративної процедури в єдиному систематизованому законодавчому акті. У цій частині достатньо складно логічно поєднати в одному законі істотно відмінні за своїм змістом адміністративно-процедурні норми, як, наприклад, норми внутрішнього і зовнішнього спрямування. При цьому необхідно зауважити, що у деяких державах (зокрема, у Республіці Казахстан) навіть такий підхід було реалізовано в систематизованому законодавчому акті про адміністративну процедуру, хоча це є швидше винятком.

У зв'язку з цим, підхід розробників проекту Адміністративно-процедурного кодексу України щодо регулювання у ньому лише зовнішньої і лише правозастосовної процедури є з погляду законодавчої техніки простішим і, відповідно, більш виправданим. Такий підхід не заперечує необхідності правового забезпечення і процедури прийняття адміністративними органами нормативних актів і внутрішньої процедури, яка регулюватиме правові відносини в межах системи органів публічної адміністрації. Просто зазначені види адміністративної процедури будуть забезпечуватись окремими законодавчими актами.

Протилежний підхід, за яким в загальному законі про адміністративну процедуру поєднуються усі вище перераховані норми є об'єктивно складнішим для реалізації. Передусім це стосується правового регулювання внутрішніх відносин в межах публічної адміністрації, які є достатньо різноплановими, і, відповідно, систематизація правових регулюючих такі відносини норм – ускладненою. Що стосується регулювання процедури прийняття адміністративними органами нормативних актів, то на нашу думку, тут суперечностей менше і питання включення цього виду процедури до загального закону видається радше питанням тактики законотворення. Хоча, знову ж таки, віднесення такої процедури до предмету регулювання окремого законодавчого акта є об'єктивно простішим.

ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО ВСТУПУ НА ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ ЗА НОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Н. Янюк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Обмеження щодо вступу на державну службу слугують передумовою для формування професійної і доброчесної державної служби. Дотримання певних вимог у підборі кадрового апарату державного органу є першим етапом на шляху створення такої моделі державної служби, до якої буде довіра з боку населення. Недотримання єдиних вимог щодо кандидатів на державну службу є порушенням конституційного принципу рівного доступу до державної служби, що закріплений у частині другій ст. 38 Основного Закону.

На законодавця покладено обов'язково чітко окреслити коло вимог до кандидатів і визначити види обмежень щодо реалізації права на доступ до державної служби, що становлять цілісну сукупністю умов формування корпусу державних службовців. Такі умови можна поділити на дві основні групи – загальні умови і додаткові. Загальні умови вступу на державну службу стосуються реалізації конституційного права доступу до державної служби. Додаткові умови встановлюються для окремих видів державної служби чи для заміщення певних посад державної служби і регулюються відповідними законами, зокрема до них можна віднести володіння знаннями іноземної мови, наявність певного досвіду служби за галузевим напрямом, приналежність до певної вікової групи. Такі умови є похідними від загальних умов доступу до державної служби.

Серед загальних умов у законодавстві про державну службу більшості країн виділяють наступні: наявність громадянства відповідної держави; дієздатність особи; володіння державною мовою; досягнення повноліття; наявність відповідної освіти; відсутність судимості; відсутність кровної спорідненості претендента на посаду із безпосереднім керівником по службі (у випадку заміщення такої посади); фізична (медична) придатність; не перебування в членстві організацій, заборонених у судовому порядку або законодавством. У національному законодавстві передбачено необхідність подання декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру. Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції» також передбачено проведення спеціальної перевірки для осіб, які уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, до яких належать усі державні службовці. Така перевірка проводиться на підставі письмової згоди особи, яка претендує на посаду. У разі ненадання особою такої згоди питання щодо її призначення на посаду не розглядається. Тож проведення спеціальної перевірки відомостей про особу частиною другою ст. 11 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» визначено як обов'язкову умову прийняття на державну службу,

Вперше у новій редакції Закону України «Про державну службу» серед умов реалізації права на державну службу передбачено вимогу вільного воло-

© Янюк Н., 2014

діння державною мовою. Подібні положення містить законодавство багатьох європейських країн.

Поряд з цим законодавець передбачив обмеження, яких слід дотримуватися при формуванні державної служби. Законодавче закріплення обмежень щодо вступу на державну службу є предметом регулювання базового Закону України «Про державну службу» 1993 р. (ст. 12) і його нової редакції від 17 листопада 2011 р. (ст. 15).

У ст. 15 Закону України «Про державну службу» (2011 р.) визначено види обмежень щодо вступу на державну службу. Відповідно до цього: *«На державну службу не може вступати особа, яка:*

1) за рішенням суду визнана недієздатною або дієздатність якої обмежена;

2) має судимість за вчинення умисного злочину, якщо така судимість не погашена або не знята в установленому законом порядку;

3) відповідно до вироку суду позбавлена права займатися діяльністю, пов'язаною з виконанням функцій держави, або обіймати відповідні посади;

4) піддавалася адміністративному стягненню за корупційне правопорушення – протягом року з дня набрання відповідним рішенням суду законної сили;

5) має громадянство іншої держави».

У Законі України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. були враховані положення чинного антикорупційного законодавства, відповідно до якого *не допускається призначення осіб на посади державної служби, на яких вони будуть безпосередньо підпорядковані близьким особам.* Поняття «близькі особи» визначено у ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції».

Позитивним є також те, що у новій редакції Закону України «Про державну службу» (2011 р.) знайшло конкретизацію положення ст. 120 Конституції України, згідно з яким члени Кабінету Міністрів України, керівники центральних та місцевих органів виконавчої влади не мають права входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства, що має на меті одержання прибутку. У частині четвертій ст. 15 Закону України «Про державну службу» (2011 р.) зазначено: «*Особа, яка вступає на державну службу, зобов'язана до призначення на посаду державної служби вийти зі складу виконавчого органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особа здійснює функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі або територіальній громаді, та представляє інтереси держави або територіальної громади в раді товариства (спостережній раді), ревізійній комісії господарського товариства), припинити іншу оплачувану або підприємницьку діяльність, крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту»*. Конституційність такого положення було підтверджено Рішенням Конституційного Суду України від 13 березня 2012 р. Законодавець наголошує на необхідності «вийти із складу», що включає не лише фактичний момент, коли особа не бере безпосередньої участі у засіданнях ради, але й формальний – письмове сповіщення про вихід зі складу ради. Таке повідомлення може стати доказом у разі виникнення сумнівів щодо дотримання антикорупційного законодавства.

На відміну від Закону України «Про державну службу» (1993 р.), у новому законі відбулася конкретизація певних обмежень щодо реалізації права на державну службу. Доцільно проаналізувати відповідні обмеження і визначити їх практичне значення для формування національної державної служби.

Виконуючи завдання державної служби і будучи представником держави у відносинах з іншими особами, державний службовець повинен володіти повною дієздатністю. Сьогодні таке твердження містить п.1 ст. 15 Закону України «Про державну службу» (2011 р.) У ст. 12 Закону України «Про державну службу» (1993 р.) законодавець визначив обмеження щодо вступу на державну службу лише для тих осіб, які визнані у судовому порядку недієздатними. Важко пояснити логіку законодавця у використанні такого підходу, адже цивільне законодавство до підстав для визнання особи обмежено дієздатною відносить: страждання на психічний розлад, що істотно впливає на здатність особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище (ст. 36 Цивільного кодексу України). Відповідно до ст. 37 Кодексу така особа може вчиняти лише дрібні побутові правочини: «Правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, вчиняються особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за згодою піклувальника». Безумовно, що така особа не може здійснювати завдання і функції державного службовця, серед яких є: надання адміністративних послуг, управління державним майном або майном, що належить Автономній Республіці Крим (АРК), державними корпоративними правами, управління персоналом державних органів, органів влади АРК.

Положення щодо обмежено дієздатних осіб сьогодні закріплені у Митному Кодексі, у законах про міліцію, державну прикордонну службу та ін.

У Законі України «Про державну службу» (1993 р.) згадано обмеження щодо доступу до державної служби особи, якщо вона має судимість, що є несумісною із зайняттям посади (ст. 12). Однак у частині третій ст. 570 Митного кодексу України зазначено, що не можуть бути прийняті на службу до органів доходів і зборів, особи, які мають судимість за вчинення умисного злочину.

У п. 2 частини другої ст. 15 нової редакції Закону України «Про державну службу» передбачено, що на державну службу не може вступати особа, яка «має судимість за вчинення умисного злочину, якщо така судимість не погашена або не знята в установленому законом порядку». На таке обмеження звертає увагу законодавство про державну службу деяких зарубіжних країн, зокрема: ст. 4 Закону про цивільну службу Польщі, ст. 27 Закону про державну посаду і статус державного службовця Молдови, ст. 7 Закону про державну цивільну службу Латвії та ін.

У новій редакції національного закону передбачено обмеження щодо особи, яка «відповідно до вироку суду позбавлена права займатися діяльністю, пов'язаною з виконанням функцій держави, або обіймати відповідні посади» (п. 3 ст. 14). Подібне формулювання містить французьке законодавство, зокрема

ст. 5 Закону про права і обов'язки службовців Франції обмеження у випадку наявності «судимості, несумісної з виконанням відповідних обов'язків».

Одним із способів запобігання корупції на державній службі стало закріплення у Законі України «Про державну службу» (1993 р.) обмеження щодо безпосередньої підпорядкованості або підлеглості особам, які є близькими особами. На відміну від попереднього положення, в якому згадувалося лише про «близьких родичів і свояків», сьогодні поняття «близькі особи» стосується значно ширшого кола осіб. Законодавець врахував не лише родинну спорідненість між особами, але наявність сталих спільних інтересів, таких як: спільне проживання, спільний побут і взаємні права та обов'язки з особою, яка претендує на заміщення посади державної служби.

Разом з прийняттям антикорупційного законодавства було закріплено новий вид обмеження щодо доступу на державну службу, що пов'язано з притягненням до адміністративної відповідальності за корупційне правопорушення – протягом року з дня набрання відповідним рішенням суду законної сили.

У законодавстві деяких країн про державну службу зазначено й інші обмеження. Наприклад, обмеження, що пов'язане з досягненням особою граничного віку перебування на державній службі містять Закон Молдови про державну посаду і статус державного службовця (ст. 27), Закон про державну цивільну службу Латвії (ст. 7). А у Кодексі цивільних службовців Греції для кожної категорії посад встановлено мінімальний та максимальний вік призначення (ст. 6). Подібний підхід використаний у Федеральному законі про статус чиновників ФРН (§ 9 і 41).

Іноді у законодавстві зарубіжних країн передбачено обмеження у зв'язку з недотриманням вимог щодо обов'язку проходження військової служби, зокрема такі положення містяться у законодавстві про державну службу Греції та Чехії.

Законодавством про державну службу деяких країн безпосередньо передбачена вимога надати підтвердження компетентної медичної установи про фізичний стан здоров'я кандидата, наприклад, це характерно для законодавства Молдови, Греції, Чехії, Російської Федерації. Видається, що таку вимогу доцільно було б закріпити й у ст. 15 Закону України «Про державну службу». Сьогодні це питання регулюється у національному трудовому законодавстві.

У Законі про публічну службу Естонії передбачено обмеження щодо прийняття на державну службу осіб, які «знаходяться під попереднім слідством суду за обвинуваченням у злочині, за скоєння якого законом передбачено позбавлення волі» (§ 16).

Приходимо до висновку, що загалом у новому Законі України «Про державну службу» закріплені такі види обмежень щодо вступу на державну службу, які відображають європейські умови формування професійної державної служби.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

АУДІОВІЗУАЛЬНИЙ ТВІР ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

І. Верес

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» аудіовізуальний твір – твір, що фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, компакт-диску тощо) у вигляді серії послідовних кадрів (зображень) чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього), і сприйняття якого є можливим виключно за допомогою того чи іншого виду екрана (кіноекрана, телевізійного екрана тощо), на якому рухомі зображення візуально відображаються за допомогою певних технічних засобів. Видами аудіовізуального твору є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайдофільми тощо, які можуть бути ігровими, анімаційними (мультиплікаційними), неігровими чи іншими.

Характерними ознаками аудіовізуального твору є:

1. Творчий характер та об'єктивна форма вираження. Дані ознаки характерні загалом для творів як об'єктів авторського права.

Процес створення аудіовізуального твору складається з дій по фіксації серії послідовних кадрів (зображень), зйомка яких здійснюється на підставі сценарію. Задум авторів аудіовізуального твору передбачає зйомку певних кадрів (дублів), які потім монтуються в один послідовний ряд. Створення такого твору пов'язане із творчим задумом автора сценарію, роботою режисера-постановника по підбору кращого варіанту гри акторів, роботою художника-постановника, оператора-постановника та інших осіб, діяльність яких пов'язана із зйомкою аудіовізуального твору, а також здійснення відповідного оформлення цього твору, у тому числі музичного. У даному випадку відеозапис вважатиметься аудіовізуальним твором.

Якщо здійснюється лише записування (фіксація) будь-якого рухомого зображення без творчого втручання в процес зйомки, без зміни послідовності зображення, тоді такий відеозапис визнається відеограмою (наприклад, відеозапис як такого спектаклю, концерту, показу мод, спортивного змагання, а також відеозапис природних явищ, діяльності людини, поводження тварин тощо). Дане розмежування аудіовізуального твору та відеограми за критерієм творчого внеску вказане у Рекомендації щодо охорони та захисту прав інтелектуальної власності на об'єкти суміжних прав (виконання, фонограми, відеограми, передачі (програми) мовлення), розроблені Державною службою інтелектуальної власності.

© Верес І., 2014

Аудіовізуальний твір існує в об'єктивній формі. Запис аудіовізуального твору фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, компакт-диску тощо), який може бути відображений і сприйнятий тільки за допомогою технічних засобів.

2. Аудіовізуальний твір є складним твором. Аудіовізуальний твір складається з об'єктів авторського права та (або) об'єктів суміжних прав; без яких існувати не може. При цьому, складові аудіовізуального твору можуть використовуватися окремо.

Відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права», автори, твори яких увійшли як складова частина до аудіовізуального твору (як тих, що існували раніше, так і створених у процесі роботи над аудіовізуальним твором), зберігають авторське право кожний на свій твір і можуть самостійно використовувати його незалежно від аудіовізуального твору в цілому, якщо договором з організацією, що здійснює виробництво аудіовізуального твору, чи з продюсером аудіовізуального твору не передбачено інше.

3. Для аудіовізуального твору характерне співавторство. Відповідно до ст. 17 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» авторами аудіовізуального твору є:

– режисер-постановник;

– автор сценарію і (або) текстів, діалогів;

– автор спеціально створеного для аудіовізуального твору музичного твору з текстом або без нього;

– художник-постановник;

– оператор-постановник.

У свою чергу, стаття 1 зазначеного закону передбачає, що автором може бути тільки фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір. При цьому, автором може бути громадянин України, іноземець або особа без громадянства.

В аудіовізуальному творі можуть брати участь не всі зазначені автори або одна і та сама фізична особа може суміщати дві або більше із наведених авторських функцій.

Особисті немайнові права належать усім авторам аудіовізуального твору.

Автори, які зробили внесок або зобов'язалися зробити внесок у створення аудіовізуального твору, за договором про створення аудіовізуального твору можуть передати майнові права організації, що здійснює виробництво аудіовізуального твору, чи продюсеру аудіовізуального твору (особі, яка організує або організує та фінансує створення аудіовізуального твору). У такому випадку вони не мають права заперечувати проти виконання цього твору, його відтворення, розповсюдження, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення, а також субтитрування і дублювання його тексту, крім права на окреме публічне виконання музичних творів, включених до аудіовізуального твору (ч. 2 ст. 17 «Про авторське право і суміжні права»). До осіб, що можуть виступати суб'єктами авторського права на аудіовізуальний твір, належать продюсери та кіностудії (виробники аудіовізуального твору).

Стаття 1 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» містить положення щодо продюсера аудіовізуального твору, яким вважається особа, яка організує або організує та фінансує створення аудіовізуального твору.

4. Згідно ст. 1 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» аудіовізуальний твір фіксується у вигляді серії послідовних кадрів (зображень) чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього).

З технічної точки зору варто зауважити, що серії послідовних кадрів можуть бути представлені аналоговими або дискретними (цифровими) сигналами. Кадри відображають рухомі зображення.

Тому, більш обґрунтованим є положення про те, що аудіовізуальний твір фіксується у вигляді серії послідовних кадрів (зображень), які представляються аналоговими або дискретними сигналами і відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього).

ПРАВО НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН СВОГО ЗДОРОВ'Я ЯК ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО

А. Герц

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право на інформацію про стан свого здоров'я є важливою передумовою для отримання пацієнтом медичної допомоги, оскільки саме від об'єктивно отриманої інформації залежить подальше прийняття пацієнтом рішення щодо лікування.

Повнолітня фізична особа має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я.

Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного.

Якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я або погіршити стан здоров'я дитини або підопічного, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість їх ознайомлення з окремими медичними документами.

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.

Право на інформацію кореспондується з правом на інформовану згоду щодо застосування методів діагностики, профілактики та лікування та правом відмовитись від лікування. Для застосування методів діагностики, профілактики та лікування необхідна інформована згода пацієнта.

© Герц А., 2014

Нові методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, які знаходяться на розгляді в установленому порядку, але ще не допущені до застосування, можуть використовуватися в інтересах вилікування особи лише після отримання її письмової згоди. Щодо особи віком до 14 років (малолітньої особи) зазначені методи та засоби можуть використовуватися за наявності письмової згоди її батьків або інших законних представників, а щодо особи віком від 14 до 18 років – за її письмовою згодою та письмовою згодою її батьків або інших законних представників; щодо особи, цивільна дієздатність якої обмежується, – за її письмовою згодою та письмовою згодою її піклувальників; щодо особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, – за письмовою згодою її законного представника. При отриманні згоди на застосування нових методів профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарських засобів, які знаходяться на розгляді в установленому порядку, але ще не допущені до застосування, особі та (або) її законному представнику повинна бути надана інформація про цілі, методи, побічні ефекти, можливий ризик та очікувані результати.

Згода пацієнта чи його законного представника на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників.

Якщо відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання – засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків.

Пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від лікування.

Якщо відмову дає законний представник пацієнта і вона може мати для пацієнта тяжкі наслідки, лікар повинен повідомити про це органи опіки і піклування.

Конституція України (ст. 55) гарантує кожній людині, в тому числі і медичному працівнику, право на судовий захист. Дане право медичний працівник може реалізувати у порядку цивільного судочинства (відповідно до ст. 3 Цивільного процесуального кодексу України кожна особа має право звернутись до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів).

У разі смерті фізичної особи члени її сім'ї або інші фізичні особи, уповноважені ними, мають право бути присутніми при дослідженні причин її смерті та ознайомитись із висновками щодо причин смерті, а також право на оскарження цих висновків до суду

В обов'язковому порядку патологоанатомічні розтини здійснюються при наявності підозри на насильницьку смерть, а також коли смерть хворого настала в закладі охорони здоров'я. За наявністю письмової заяви близьких родичів або задокументованого волевиявлення покійного і відсутності підозри на насильницьку смерть, виходячи з релігійних та інших поважних мотивів, патологоанатомічний розтин може не проводитися.

ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ АКЦІОНЕРІВ

О. Гнатів

Львівський національний університет імені Івана Франка

Акціонер має право оскаржити рішення загальних зборів акціонерного товариства. Підставами для оскарження рішення загальних зборів є порушення рішенням вимог Закону України «Про акціонерні товариства», інших актів законодавства, статуту та охоронюваних законом інтересів акціонера, який звертається з таким позовом, або порушення порядку ухвалення такого рішення. При цьому, береться до уваги наскільки порушуються цими діями законні права акціонера. Залежно від підстав оскарження вони поділяються на умовні та безумовні.

При вирішенні питання про незаконність рішень загальних зборів у зв'язку з іншими (умовними) порушеннями, допущеними під час скликання та проведення загальних зборів, господарський суд повинен оцінити, наскільки ці порушення могли вплинути на прийняття загальними зборами відповідного рішення.

Право на звернення до господарського суду може бути здійснене протягом трьох місяців з дати його прийняття. Передумовою реалізації права на звернення до господарського суду з метою оскарження рішення загальних зборів у зв'язку з тим, що він голосував проти прийняття рішення про злиття, приєднання, поділ, перетворення, виділ товариства, зміну його типу з публічного на приватне; вчинення товариством значного правочину; зміну розміру статутного капіталу, є отримання письмової відмови у реалізації права вимагати здійснення обов'язкового викупу товариством належних йому голосуючих акцій або неотримання відповіді на свою вимогу протягом 30 днів від дати її направлення на адресу товариства в порядку, передбаченому законом. Проте, як вбачається з закону, акціонерне товариство не може відмовити у викупі акцій за умов, передбачених законом. Якщо акціонерне товариство в усній формі відмовляється викупити акції, застосовується норма про неотримання відповіді. Крім цього, вочевидь акціонеру необхідно буде подати докази звернення до акціонерного товариства з вимогою про примусовий викуп акцій. На нашу думку, акціонер може звернутися до господарського суду з позовом про відшкодування акціонерним товариством збитків у розмірі ринкової вартості акції за умови, що вона є вищою за номінальну. У протилежному випадку розмір відшкодування збитків слід визначати, використовуючи їх номінальну вартість.

Крім цього, акціонер, покликаючись на порушення права на участь в управлінні справами акціонерного товариства, повинен обґрунтувати їх істотність. Так, Господарський суд Вінницької області задовольнив позов ТзОВ «МаркетКар'єра» до ВАТ «Вінницький завод тракторних агрегатів» про визнання недійс-

© Гнатів О., 2014

ними рішень загальних зборів. Суд дійшов слушної думки, що встановлені ним порушення унеможливили здійснення акціонером права на управління акціонерним товариством: 1) загальні збори проведені не за місцем знаходження заводу; 2) у Бюлетенях «Цінні папери України»розміщено ряд повідомлень про проведення загальних зборів у різних містах України та у різний час; 3) при загальній кількості акціонерів близько 5000 акціонерів, що вбачається з реєстру акціонерів та реєстру поштових відправлень, для реєстрації акціонерів на загальні збори було відведено усього 25 хвилин; 4) визначений порядок проведення загальних зборів 24.03.3009 р. відповідачем порушений. Зокрема: у протоколі № 1 загальних зборів акціонерів заводу від 24.03.2009 р. не відображено обставини щодо відкриття загальних зборів та прийняття рішення з першого питання (ким відкрито загальні збори, ким доведено загальним зборам дані про результати реєстрації учасників загальних зборів та наявність кворуму, хто був доповідачем по першому питанню та ставив на голосування пропозиції щодо обрання голови, секретаря загальних зборів, голови та секретаря лічильної комісії); обговорення питань порядку денного фактично не відбувалось, як видно з відеозапису проведення загальних зборів, така можливість акціонерам надана не була; згідно з протоколом загальних зборів питання на голосування ставились з послідовністю: «проти», «утримались», «за», що спростовується відеозаписом загальних зборів, з якого вбачається, що питання на голосування пропонувались за принципом: «проти», «утримались», решта – «за». Також відеозаписом зафіксовано, що результати голосування оголошувались головою зборів без фактичного підрахунку та складення відповідного протоколу лічильною комісією. Такі протоколи, копії яких є у матеріалах справи були складені після оголошення головою зборів кількості голосів «проти» та «утримались», тому оцінюються судом критично. З цього випливає, що голосування «за» прийняття рішень фактично не відбувалось, а кількість «проти» і «утримались» уповноваженим органом не рахувалась; позивач стверджував, що його представник жодного разу не голосував за прийняття рішення, однак його 341040 голосів включено у протоколі, як такі, що подані «за».

Потрібно зазначити також про неможливість ухвалення рішення про визнання незаконними рішень загальних зборів, які були скасовані самим товариством. Так, Господарський суд Хмельницької області відмовив у задоволенні позову акціонера_1 до ПрАТ «Декор» про визнання недійсними рішень загальних зборів. Суть спору полягає у наступному 14.10.2010 р. загальні збори акціонерного товариства «Декор» прийняли рішення про його перетворення у товариство з обмеженою відповідальністю та виключення акціонера_1 із складу учасників. Під час проведення загальних зборів акціонер був присутнім, однак участі у них не брав, представництво його інтересів здійснював представник. Проте вже 23.02.2011 р. загальні збори прийняли рішення про скасування раніше ухвалених рішень від 14.10.2010 р. та зміни назви акціонерного товариства з закритого на приватне без зміни складу акціонерів. Прийнявши таке рішення, ПрАТ «Декор» усунуло допущені порушення прав акціонера_1, а, отже, відсутня підстава для звернення до суду. Тому Господарський суд Хмельницької області дійшов вірного висновку при розгляді зазначеної справи.

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Н. Квіт

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до статті 655 Цивільного Кодексу України (далі – ЦКУ) за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму.

Коли суб'єктами даного договору з обох сторін виступають фізичні особи, то, як правило, особа, котра бажає продати певний товар чи здійснити послугу залишає потрібну інформацію на конкретному сайті (найчастіше – це спеціальні сайти для оголошень) про свій намір. За загальним правилом цивільного законодавства, існує дві стадії укладення будь-якого договору (оферта та акцепт). Договір вважається укладеним, коли між оферентом та акцептантом у належній формі досягнуто згоди щодо всіх істотних умов договору. При зазначенні номеру телефону, адреси електронної пошти чи іншої контактної інформації продавця та в разі зацікавленості у його пропозиції, покупець виявляє бажання прийняти останню попередньо ознайомившись з її деталями (характеристикою товару, ціною послуг), якщо про них раніше не було вказано. Після остаточної згоди щодо прийняття пропозиції, сторони договору домовляються про зустріч, під час якої й здійснюється передача товару чи надання послуги і розрахунок. За своєю специфікою здійснення купівлі в такий спосіб має досить багато спільного із поданням оголошень в газетах, журналах і не вимагає звернення особливої уваги уповноважених осіб на додаткове врегулювання подібних відносин.

Фактично, у даному випадку не можна говорити про купівлю-продаж через Інтернет, оскільки вона здійснюється звичайним чином – шляхом безпосередньої передачі товару продавцем покупцю «із рук в руки», таким же чином здійснюється і його оплата.

Коли ж стороною-продавцем виступає інтернет-магазин (юридична особа або фізична особа-підприємець), то дане правовідношення має дещо іншу природу, оскільки до нього застосовуватимуться положення § 2 глави 54 ЦКУ – «Роздрібна купівля-продаж». Товарообіг у роздрібній торгівлі забезпечується за допомогою договору роздрібної купівлі-продажу, укладення якого відбувається на підставі загальних правил про купівлю-продаж та спеціальних правил про захист прав споживачів, застосування яких має значні особливості.

Відповідно до ч. 1 ст. 698 ЦК за договором роздрібної купівлі-продажу продавець, який здійснює підприємницьку діяльність з продажу товару, зобов'язується передати покупцеві товар, що звичайно призначається для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю, а покупець зобов'язується прийняти товар і оплатити його.

© Квіт Н., 2014

Виходячи з положень ч. 3 цієї статті до відносин за договором роздрібної купівлі-продажу за участю покупця – фізичної особи, не врегульованих ЦКУ застосовується законодавство про захист прав споживачів, а саме Закон України «Про захист прав споживачів». Таким чином, визначаються основи правового регулювання договору роздрібної купівлі-продажу через Інтернет.

У інтернет-магазинах продавець висловлює пропозицію у вигляді так званої публічної оферти, а саме шляхом розміщення зразків товарів на їх сайтах, що пропонуються невизначеному колу осіб з метою укласти договір. Дана оферта має таке саме юридичне значення, як і оферта, запропонована конкретній особі. ЦКУ передбачив два види публічної оферти. Так, згідно зі ст. 699 ЦК пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також інших описах товару, зверненнях до невизначеного кола осіб є публічною пропозицією укласти договір, якщо вона містить усі істотні умови договору. Виставлення товару, демонстрація його зразків або надання відомостей про товар (описів, каталогів, фотознімків тощо) у місцях його продажу є публічною пропозицією укласти договір, незалежно від зазначення ціни та інших істотних умов договору, крім випадків, коли продавець явно визначив, що відповідний товар не призначений для продажу.

Своєрідно тут також проявляється акцепт покупцем – надіслання замовлення при заповненні заявки на придбання товару та надсилання його електронною поштою або ж телефонний дзвінок менеджерові інтернет-магазину з метою здійснення чи підтвердження замовлення.

Оскільки договір купівлі-продажу оформляється шляхом оформлення замовлення й виставлення рахунку, що може бути оплачений по-різному: післяплатою, готівкою на складі продавця або кур'єрові, за допомогою розрахункової картки покупця або електронних грошей, можна зробити висновок, що торгівлю через Інтернет можна віднести до продажів товарів на замовлення, що має деякі особливості, закріплені в Правилах продажу товарів на замовлення й поза торговельними або офісними приміщеннями, затверджених наказом Мінекономіки № 103 від 19.04.2007 (далі – Правила № 103).

Отже інтернет-торгівля має всі характерні риси продажу товарів на замовлення, оскільки в цьому випадку споживач укладає договір купівлі-продажу товарів із продавцем на відстані за допомогою засобів дистанційного зв'язку або здійснює їхнє попереднє замовлення безпосередньо в продавця. До засобів дистанційного зв'язку в цьому контексті п. 1.2. Правил №103 відносяться телекомунікаційні мережі, поштовий зв'язок, телебачення, інформаційні мережі, зокрема Інтернет, які можуть використатися для висновку договорів на відстані.

Здавалося б, основи регулювання купівлі-продажу в Інтернет достатньо врегульовані Цивільним кодексом та законодавством про захист прав споживачів. Але, як показує практика, їх не достатньо для того, щоб повністю забезпечити виконання сторонами (особливо – продавцем) своїх обов'язків, а отже і захистити права споживачів. Проаналізуємо суб'єктний склад, предмет, права та обов'язки сторін договору купівлі-продажу через Інтернет та дослідимо практичні проблеми, котрі виникають при його укладенні, для того, щоб наго-

лосити на вагомості прийняття додаткових правил чи законів, котрі б запобігали виникненню останніх.

Отож, сторонами в договорі роздрібної купівлі-продажу є продавець та покупець. Продавцем виступає юридична особа або фізична особа-підприємець, що здійснює підприємницьку діяльність з продажу у роздріб товару. На екрані монітора нашого комп'ютера після введення в пошукову систему назви потрібного товару з'явиться список інтернет-магазинів, котрі виступатимуть потенційними продавцями. ЦКУ та Закон України «Про захист прав споживачів» покладає на них широке коло обов'язків. Але відсутність законодавчо визначених вимог щодо порядку створення таких магазинів дає можливість для зловживань стосовно правдоподібності сторони договору, оскільки створити подібний магазин (інтернет-сайт), а потім ліквідувати його при наявності спеціальних знань не так складно.

Користувач інтернет-послуг, котрий орієнтується у мережі посередньо, не завжди зможе розпізнати, який із магазинів є реально діючим, а який – «одноденним». У другому випадку так званою стороною договору виступає фіктивна особа, що запропонувала придбати товар, котрого взагалі не існує, або ж без наміру передавати останній покупцю. Таким чином постає проблема неврегульованості легального порядку створення інтернет-магазину, визначення кола обов'язків їх менеджерів та відсутності відповідальності за некоректне та непрофесійне ставлення до покупців. У випадку виникнення інших проблем та з метою їх усунення доцільно було б наголосити на обов'язку продавця при доставці товару передавати через кур'єра документ, у якому визначені гарантійні зобов'язання виробника, заповнені продавцем та скріплені печаткою, строки гарантії й адреси сервісних центрів. Це надаватиме змогу покупцеві доказово захистити свої порушені права, наприклад, у випадку, коли на сайті та в гарантії зазначені різні умови або при наявності гарантії, покупець не може скористатися правом безоплатного ремонту товару у зв'язку з неймовірно далеким та невигідним розташуванням сервісних центрів, якщо раніше про це не було відомо.

Іншою є ситуація у правовому становищі покупця, який володіє переважно правами, а обов'язки у нього можуть виникнути лише після укладення договору купівлі-продажу. Але, на мою думку, слід також визначити деякі правила, котрих покупець повинен дотримуватися при оплаті товару чи його отриманні, щоб запобігти можливому використанню особистої інформації користувача інтернет-послуг чи доступу до його грошових рахунків. Такі правила слід розробити спільно з особами, котрі на професійному рівні володіють спеціальними знаннями щодо здійснення різноманітних операцій у мережі Інтернет.

Що стосується товару, котрий виступає предметом договору купівлі-продажу через Інтернет, то за загальним правилом він повинен призначатися для особистого, домашнього або іншого використання, не пов'язаного з підприємницькою діяльністю. Асортимент товарів відображається на сайтах інтернет-магазинів, а також в інтернет-каталогах. Там же міститься й інформація про ко-

жен з них. Проте факт, що вказана характеристика товару та його ціна була якимось чином розміщена у базі даних, на жаль, не завжди означає, що товар в даному магазині дійсно є і що його вартість відповідає занесеній у базу. Чимало продавців заманюють покупців неправдивою інформацією і часто під час спілкування з менеджером магазину ціна товару зростає на 10 і більше відсотків найчастіше у зв'язку з «нестабільним в Україні економічним становищем» або ж через те, що ціни наведені в умовних одиницях, котрі безпідставно переводяться у гривні за власним курсом інтернет-магазинів.

Здійснюючи покупку за допомогою Інтернету, користувачу пропонуються різноманітні можливості оплати. Починаючи від найтрадиційніших, коли рахунок за товар приходить разом з ним, що є вигідним для покупця, оскільки з'являється можливість попередньо оглянути товар і лише після цього здійснити оплату. У разі, коли продавець наполягає на передоплаті, то вона не повинна перевищувати половину від вартості товару. В Інтернеті також можна здійснювати оплату за допомогою банківської картки, але при відсутності безпечних каналів зв'язку, номер рахунку може потрапити до чужих рук.

Проаналізувавши практичні проблеми, з якими стикаються користувачі інтернет-послуг, варто наголосити, що в першу чергу слід визначити легальний порядок створення інтернет-магазинів, відповідальність за представлення на сайтах недостовірної інформації про товари, послуги та їх характеристики, встановити окремі правила щодо доставки товарів та комплектації відповідних документів, котрі дозволятимуть покупцеві звернутися за захистом своїх прав, а також вимоги безпеки (стосовно доступу до особистої інформації і номерів грошових рахунків), яких повинні дотримуватися обидві сторони договору. Дані положення повинні розроблятися із особами, котрі мають спеціальні знання щодо можливостей використання Інтернету.

УНІФІКАЦІЯ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ В СФЕРІ ЗОВНІШНЬОТОРГОВЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

В. Коссак

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах посилення інтеграційних процесів важливе місце відводиться зовнішньоекономічній діяльності. Одним з видів зовнішньоекономічної діяльності є укладення і виконання договорів (контрактів) з іноземними суб'єктами господарської діяльності.

Серед договірних форм зовнішньоекономічної діяльності одним найбільш поширених є міжнародний договір купівлі-продажу. Адже зовнішньотор-

© Коссак В., 2014

говельні відносини займають важливе місце в міжнародному інтеграційному процесі. Тому одним з актуальних питань є уніфікація правового регулювання міжнародних договорів купівлі-продажу товарів. Різні підходи в національному законодавстві окремих країн до врегулювання названих договорів було негативним фактором, що впливав на інтенсифікацію зовнішньоторговельних відносин. Метою усунення суперечностей в національних правових системах щодо укладення та виконання договорів міжнародної купівлі-продажу була розробка та підписання Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – Конвенція), яка стала своєрідним компромісом в підходах до регулювання названих договорів в континентальній та англо-американській системах права.

З прийняттям Віденської конвенції вперше в історії міжнародно-правової уніфікації права міжнародних контрактів вдалося знайти взаємоприйнятні рішення щодо виконання та припинення договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, поєднавши підходи континентального права з англо-американським.

Віденська конвенція є результатом багаторічних зусиль з уніфікації зовнішньоторговельних відносин, яка проводилася комісією ООН з прав міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). В роботі з підготовки Конвенції приймали участь представники всіх сучасних правових систем, що забезпечило високий рівень узгодженості положень Конвенції. Водночас деякі правові позиції Конвенції значно відрізняються від підходів, властивих нормативному регулюванню та правозастосувальній практиці окремих країн. Це приводить інколи до певних суперечностей при застосуванні Конвенції. Певною мірою це стосується вітчизняного законодавства. В Конвенції містяться положення, які відсутні в національному законодавстві, багато оцінювальних понять, які потребують трактування, виходячи з єдиних підходів до з'ясування їх змісту.

Коментована Конвенція має на меті уніфікацію права в сфері міжнародної купівлі-продажу. Тому значну увагу в Конвенції приділено питанню чіткості конвенційних положень і термінів. Тим не менше спори щодо застосування окремих положень Конвенції мають місце. У разі виникнення спору міжнародні комерційні арбітражі та національні суди повинні виходити з однакових засад трактування положень Конвенції. Якщо в Конвенції певне питання не врегульовано необхідно виходити із загальних принципів Конвенції. У разі відсутності відповідних положень в Конвенції можна застосовувати національне право згідно з колізійним методом регулювання.

При цьому слід мати на увазі, що світова практика в цілому виходить з того, що сторони приватноправових відносин з іноземним елементом здійснюючи вибір права, застосовують виключно матеріальне, а не колізійне право. У сучасній зовнішньоекономічній діяльності існує усталена практика включення відповідних застережень у положення контрактів, що стосуються застосування права.

Це знаходить підтвердження в національному законодавстві України. Так, ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», встанов-

лює: «третейський суд вирішує спір згідно з такими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Якщо у ньому не висловлено іншого наміру будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійної норми».

Правові засоби захисту прав покупця перераховані в ст.ст. 46–52 Конвенції. Але вони не мають вичерпного характеру. Деякі форми захисту передбачені в інших статтях (зокрема в ст. 71, ст. 78 Конвенції). Враховуючи диспозитивний характер положень Конвенції сторони в договорі можуть передбачити також інші засоби правового захисту, розширити їх кількість або виключити деякі з них. Зокрема, сторони в договорі можуть передбачити неустойку, штраф, пеню за порушення окремих договірних зобов'язань. При цьому види штрафних санкцій, їх розмір, особливості застосування можуть визначатися на основі національного законодавства.

Оскільки питання застосування штрафних санкцій по різному регулюється в національних правопорядках окремих країн, доцільно в договорі докладно визначити підстави застосування, розміри неустойки (штрафу, пені). Особливе значення має встановлення співвідношення розміру неустойки та можливих збитків.

Відповідальність наступає за наявності вини. Тому у разі настання форс-мажорних обставин (стихійні лиха, воєнний стан, надзвичайні події) сторони звільняються від відповідальності. Визначальним є в таких випадках трактування положень національного законодавства щодо форс-мажорних обставин. Водночас, форс-мажорні обставини сторони можуть передбачати в договорі (наприклад, страйк перевізника).

Заходи правової відповідальності стимулюють сторони до належного виконання своїх зобов'язань за договором. Це не виключає принципу реального виконання договірного зобов'язання. Зокрема, покупець у разі недопоставки товару може надати додатковий строк розумної тривалості для виконання продавцем своїх обов'язків. Аналогічно це можливо шляхом визначення строку для усунення дефектів в поставленому товарі, заміни його або будь-якої іншої дії, спрямованої на виконання зобов'язання в натурі. Такі дії відповідають інтересам покупця, якщо він заінтересований в отриманні товару.

Значення Віденської Конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів полягає в тому, що вона є уніфікаційним документом в області регулювання зовнішньоторговельних договорів, які займають центральне місце, серед зовнішньоекономічних контрактів. Усуненню різних підходів врегулювання договорів міжнародної купівлі-продажу покликані положення коментованої Конвенції. Водночас деякі правові положення Конвенції можуть відрізнятися від приписів національного законодавства та правозастосувальної практики. Тому удосконалення механізму регулювання укладення та виконання міжнародних договорів купівлі-продажу товарів є важливою передумовою усунення суперечностей в правозастосувальній практиці та становлення уніфікаційних засад в національних правових системах.

ОСОБЛИВОСТІ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ТА ІНШИХ РЕЧОВИХ ПРАВ, ВІДОМОСТІ ПРО ЯКІ ПІДЛЯГАЮТЬ ВНЕСЕННЮ ДО ДЕРЖАВНИХ РЕЄСТРІВ

М. Михайлів

Львівський національний університет імені Івана Франка

Поява іноземного елемента у відносинах власності ускладнює їх регулювання та породжує ряд питань, зокрема це стосується наступного: чи дана річ може бути об'єктом, який може вільно, відповідно до законодавства іноземної держави, обертатися у цивільному обігу; чи особа власник щодо цієї речі буде наділятися всіма правомочностями тими, які він мав чи набув на території держави де придбав річ; чи зберігається за іноземною особою право власності на річ в іншій державі тощо. Саме наявність таких питань і призводить до потреби у належному регулюванні права власності та інших речових прав ускладнених іноземним елементом за допомогою колізійних норм.

Відповідно до ст. 40 Закону України від 23 червня 2005 року «Про міжнародне приватне право» право власності та інші речові права, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, визначаються правом держави, у якій це майно зареєстроване. Тому виникає потреба в першу чергу з'ясувати, які види об'єктів цивільних правовідносин будуть відноситися до тих, виникнення, зміна чи припинення права власності на які, підлягають державній реєстрації.

Відповідно до ч. 1 ст. 182 Цивільного кодексу України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. До нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації (ст. 181 ЦК України). Проте в цивільному законодавстві іноземних держав можна спостерігати інший підхід щодо віднесення тих чи інших речей до нерухомих речей та до того чи право власності на таку нерухому річ, його виникнення, перехід і припинення будуть підлягати державній реєстрації. А це в свою чергу призводить до конфлікту чи колізії. У зв'язку із цим виникають проблеми із обранням колізійної норми та правильним застосуванням колізійних прив'язок.

В колізійному регулюванні права власності та інших речових прав на транспортні засоби, судна, космічні об'єкти та інше майно, яке підлягає державній реєстрації є особливості. Поява об'єктів речових прав, що потребують ре-

© Михайлів М., 2014

єстрації, і, особливо, тих, що підпорядковуються праву держави їх реєстрації, пов'язано із різними обставинами. Наприклад, вимога реєстрації повітряних суден може бути пояснена особливими властивостями об'єктів речових прав. Необхідність їх реєстрації пов'язана із вимогою забезпечити безпеку користувачів такого об'єкту та третіх осіб. Виконання цієї вимоги і відповідальність за відповідність повітряного судна всім вимогам безпеки в кінцевому результаті покладається на державу, що здійснює реєстрацію. Таке пояснення підтверджується дією Чикагської конвенції про міжнародну цивільну авіацію, яка була підписана 7 грудня 1944 року і набрала юридичної сили 4 квітня 1947 року. В ній беруть участь 185 держав.

За загальним правилом до набуття та припинення права власності на рухоме та нерухоме майно застосовується універсальна колізійна прив'язка право держави, в якій це майно знаходиться, якщо інше не передбачено законом. Проте особливий характер експлуатації та спеціальний статус окремих видів нерухомого майна, право власності, на які відповідно до законодавства підлягають державній реєстрації і вплинули на обрання іншої колізійної прив'язки, а саме права держави, де майно зареєстроване.

Такими об'єктами можуть бути повітряні та морські судна, космічні об'єкти, судна на повітряній подушці тощо. Це пов'язано із тим, що дані об'єкти в законодавстві держав прирівнюють до об'єктів нерухомості, що підлягають державній реєстрації. У зв'язку із цим до питань права власності та інших речових прав на ці об'єкти, а також до здійснення та захисту таких прав застосовною буде колізійна прив'язка право держави де ці об'єкти зареєстровані (lex rei sitae). Проте вважаємо, що застосовною в окремих випадках може бути і колізійна прив'язка закон власника даного судна або право держави де знаходився такий об'єкт, коли мала місце дія чи інша обставина з настанням якої виникло чи припинилося право власності чи інше речове право, крім випадків визначених законом чи міжнародним договором, закон прапора тощо. Застосування інших колізійних прив'язок окрім lex rei sitae можемо простежити і в законодавстві деяких іноземних держав, зокрема, згідно із Законом про міжнародне право Угорщини (32.1), до права власності та інших речових прав на повітряні і водні транспортні засоби застосовується закон держави, «під прапором або іншим знаком суверенітету якого зазначене судно курсує».

Окремі колізійні прив'язки щодо речових прав, які можуть бути застосовні до суден містяться в Кодексі торговельного мореплавства України (надалі – КТМ) і за своїм змістом відрізняються від тих, які передбачені статтею 40 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так відповідно до ст. 17 КТМ відчуження іноземній державі, іноземній юридичній чи фізичній особі судна, що перебуває у державній власності, здійснюється згідно з чинним законодавством України. Статтею 19 КТМ передбачено, що право власності на судно, що будується, регулюється законодавством держави, на території якої перебуває таке судно, якщо договором на будівництво судна не

встановлено інше. Отже, з цього вбачається, що сторони можуть використовувати до питань набуття права власності на судно і таку колізійну прив'язку як закон автономії волі (lex voluntatis), тобто самостійно обрати право держави, яке буде застосовуватися. Право власності та інші майнові права на судна, що перебувають за межами України, а також виникнення, зміна та припинення цих прав регулюються законодавством держави, під прапором якої плаває судно. Тому крім зазначених вище прив'язок застосовуватися може і прив'язка lef flagi.

В Повітряному кодексі України колізійні прив'язки щодо права власності та інших речових прав на судно відсутні. Проте дане судно відповідно до законодавства України теж прирівнюється до об'єктів нерухомості, а отже потребує державної реєстрації. Так відповідно до статті 39 Повітряного кодексу України цивільне повітряне судно може бути зареєстроване лише в одному реєстрі. Внесення повітряного судна до Державного реєстру цивільних повітряних суден України визначає його національну належність до України.

Реєстрація повітряного судна в Державному реєстрі цивільних повітряних суден України не є свідченням права власності на повітряне судно будь-якої юридичної або фізичної особи. Цивільному повітряному судну, внесеному до Державного реєстру цивільних повітряних суден України, надаються державний та реєстраційний знаки та видається реєстраційне посвідчення згідно з авіаційними правилами України.

Повітряне судно може бути зареєстроване за умови, що воно: є власністю юридичної особи України або фізичної особи – резидента; отримується експлуатантом України в оренду чи у лізинг у нерезидента.

Відповідно до статті 34 Повітряного кодексу України якщо власник українського судна передає його за бербоут-чартером іноземній фізичній або юридичній особі, то це судно за згодою центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері транспорту (центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері безпеки мореплавства суден флоту рибного господарства), може тимчасово втрачати право плавання під Державним прапором України за умови, що: законодавство цієї іноземної держави не забороняє зміну прапора, а власник судна згоден на тимчасове переведення судна під прапор іноземної держави; заставодержателі зареєстрованих застав судна згодні на тимчасове переведення судна під прапор іноземної держави.

Вище наведене ще раз підкреслює, що реєстрація цивільних повітряних суден України не є свідченням права власності на повітряне судно, а тому до питань права власності та речових прав на них застосовною буде не лише закон держави місця реєстрації судна, а й інші прив'язки. Це може мати місце і щодо інших транспортних засобів.

Удосконалення колізійного регулювання права власності та інших речових прав, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів буде слугувати усуненню суперечностей в законодавстві та практиці держав.

СТОРОНИ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ БЕЗДОКУМЕНТАРНИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ

Л. Саванець

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) у ст. 1029 визначає договір управління майном як договір, за яким одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача). Стаття 1045 ЦК України встановлює, що особливості управління цінними паперами встановлюються законом, тобто закріплює відсильну норму. На даний час такого спеціального закону немає, а правове регулювання управління цінними паперами здійснюється Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» та актами Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, зокрема Правилами (умовами) здійснення діяльності з торгівлі цінними паперами: брокерської діяльності, дилерської діяльності, андеррайтингу, управління цінними паперами, затвердженими рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 12.12.2006 № 1449, Положенням про провадження депозитарної діяльності, затвердженим рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 23.04.2013 № 735.

За загальним правилом сторонами договору управління майном є установник управління та управитель. Установником управління бездокументарних цінних паперів може бути:

1. Фізична особа – власник бездокументарних цінних паперів. Специфічність предмету договору управління бездокументарними цінними паперами зумовлює необхідність врахування законодавчої вимоги укладення договору управління цінними паперами з установником управління – фізичною особою на суму, не меншу суми еквівалентної 100 мінімальним заробітнім платам.

2. Юридична особа – власник бездокументарних цінних паперів. Державні, комунальні підприємства, підприємства об'єднання громадян, релігійної організації не можуть виступати установником управління, тому що майно, включаючи і бездокументарні цінні папери, закріплене за ними на іншому речовому праві ніж право власності – праві господарського відання або оперативного управління.

3. У випадку передбаченому законом уповноважена особа-невласник, зокрема:

– орган опіки та піклування, якщо власником бездокументарних цінних паперів є фізична особа, місце перебування якої невідоме або її визнано безвісно відсутньою;

– опікун або орган опіки та піклування, коли власником бездокументарних цінних паперів є малолітня особа або фізична особа, яка визнана судом недієздатною;

© Саванець Л., 2014

– піклувальник власника бездокументарних цінних паперів, цивільна дієздатність якого обмежена.

Якщо власником бездокументарних цінних паперів є неповнолітня особа, установником управління є ця особа за дозволом батьків (усиновлювачів) або піклувальника.

Особливість правової природи бездокументарних цінних паперів зумовлює необхідність належної легітимації управоможеної за ними особи як власника бездокументарних цінних паперів у депозитарній системі України. Зазначена легітимація здійснюється шляхом відкриття на його ім'я рахунка у цінних паперах та зарахування набутих бездокументарних цінних паперів на цей рахунок депозитарною установою на підставі договору про обслуговування рахунка в цінних паперах. Підтвердженням прав на цінні папери та прав за цінними паперами, що існують в бездокументарній формі у певний момент часу є обліковий запис на рахунку в цінних паперах їх власника у депозитарній установі, а документальним підтвердженням цих прав є виписка з рахунка в цінних паперах депонента, яка видається депозитарною установою.

До особи управителя бездокументарними цінними паперами встановлена спеціальна вимога, ним може бути суб'єкт підприємницької діяльності, професійний учасник ринку цінних паперів – торговець цінними паперами.

Управитель бездокументарними цінними паперами завжди виступає в цивільному обороті від власного імені, причому вчиняючи фактичні та юридичні дії, пов'язані з управлінням переданими бездокументарними цінними паперами, зобов'язаний повідомляти осіб, з якими вчиняє правочини, про те, що він є управителем, а не власником майна (ч. 2 ст. 1038 ЦК України), інакше зобов'язаною особою за таким договором буде вважатися управитель, як такий, що його уклав від власного імені. Управитель не може бути визнаний суб'єктом права власності на передані в управління бездокументарні цінні папери з урахування цілого ряду причин, зокрема, зобов'язального та строкового характеру повноважень управителя та здійснення управління бездокументарними цінними паперами торговцем цінними паперами в інтересах їх власника з обов'язковою ідентифікацією власного статусу управителя бездокументарних цінних паперів.

Власником бездокументарних цінних паперів переданих в управління торговцю цінними паперами виступає установник управління, що управоможений вимагати від останнього повернення переданих цінних паперів після закінчення строку договору. Бездокументарні цінні папери передані в управління відособлюються від цінних паперів управителя та інших цінних паперів установника управління. Протягом дії договору управління бездокументарними цінними паперами або до отримання від установника управління письмового розпорядження про припинення (відміну) усіх або певних повноважень управителя, він у відношенні прав на бездокументарні цінні папери, переданих в управління, є керуючим рахунком установника управління, а всі операції щодо них здійснюються депозитарною установою виключно за його розпорядженнями.

Невід'ємною частиною договору про управління бездокументарними цінними паперами виступає інвестиційна декларація управителя, що визначає напрями та

способи інвестування об'єкта управління, а її положення є обов'язковими для виконання управителем. В інвестиційній декларації зазначаються: мета управління (досягнення найбільш ефективного використання об'єкта управління); перелік об'єктів інвестування; відомості про структуру об'єкта управління, підтримувати яку протягом строку дії договору зобов'язаний управитель.

Враховуючи те, що професійна діяльність торговця цінними паперами підлягає обов'язковому ліцензуванню, встановлюючи строк договору управління бездокументарними цінними паперами установнику управління слід звернути увагу на строк дії ліцензії торговця цінними паперами (за наявності відповідного строку на бланку ліцензії), оскільки без врахування цієї умови може виникнути ситуація, за якої за дуже короткий проміжок часу виникне необхідність переукладення договору з іншим торговцем цінними паперами, зумовлена закінченням строку дії ліцензії попереднього управителя, а на інший строк вона ще не поновлена або йому було відмовлено у цьому.

Відповідно до ч. 1 ст. 1029 ЦК України управитель зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача). З аналізу зазначеної норми випливає, що здійснюючи управління бездокументарними цінними паперами управитель виконує юридичні (укладення правочинів) та фактичні (вивчення попиту і пропозицій на фондовому ринку) дії без конкретних вказівок установника, самостійно визначаючи найефективніші способи використання цінних паперів. При управлінні цінними паперами управитель здійснює всі повноваження, що випливають із цінного паперу, оскільки неможливим є передання в управління бездокументарних цінних паперів з умовою реалізації тільки окремого визначеної правомочності за цими цінними паперами.

Таким чином, підсумовуючи, можна констатувати, що сторонами договору управління бездокументарними цінними паперами виступають установник управління (власник бездокументарних цінних паперів або у випадках передбачених законодавством інша уповноважена особа) та управитель (професійний учасник ринку цінних паперів – торговець цінними паперами).

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА КОМУНАЛЬНИХ ПІДПРИЄМСТВ

Л. Тарасенко

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для здійснення господарської діяльності необхідною передумовою є володіння суб'єктами господарювання засобами виробництва, майном, що вико-

© Тарасенко Л., 2014

ристовується в процесі цієї діяльності. Залежно від правових засад володіння майном при здійсненні господарської діяльності визначається його правовий режим. Основу правового режиму майна комунальних підприємств, на якій базується їх господарська діяльність, становлять право господарського відання та право оперативного управління.

Водночас в чинному законодавстві України небагато правових норм присвячені регулюванню вищезазначених відносин. Крім того, навіть вони не позбавлені недоліків. Також слід зважати на неоднозначну судову практику щодо вирішення спорів, пов'язаних з правовими режимами майна комунальних підприємств, зокрема, щодо захисту їх речових прав, щодо здійснення права господарського відання та оперативного управління.

Правовий режим майна комунального підприємства – це сукупність правових норм щодо набуття ним майна та здійснення ним правомочностей щодо володіння, користування та розпорядженням цим майном, а межі цих правомочностей визначаються засновником такого суб'єкта господарювання (органами місцевого самоврядування, уповноважених управляти відповідним майном) або комунальним підприємством відповідно до статуту.

Внески засновника в особі відповідного уповноваженого органу місцевого самоврядування у майно комунального підприємства можуть здійснюватися шляхом передання майна у статутний фонд (капітал) такого підприємства на праві господарського відання чи оперативного управління або майно може надаватися комунальному підприємству у користування без включення його до статутного капіталу (зокрема, шляхом укладення договору оренди комунального майна).

Правові режими майна суб'єктів господарювання загалом, в тому числі і для комунальних підприємств, встановлені у ст. 133 ГК України та ст. 395 ЦК України. Зміст відповідних правових режимів майна розкривається в інших статтях цих кодексів, а також деталізується в спеціальних законодавчих актах. Загалом комунальні підприємства можуть здійснювати господарську діяльність на таких правових режимах майна: право господарського відання; право оперативного управління; інші речові права, передбачені ЦК України (зокрема, право володіння; право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій); інші підстави володіння та користування майном, що передбачені договором з власником (право оренди). У сфері господарювання найбільш поширеними речовими правами комунальних підприємств є право господарського відання та право оперативного управління.

Варто наголосити на тому, що в законодавстві України не наводиться визначення поняття «правовий режим майна суб'єктів господарювання». Таку назву має стаття 133 ГК України, але в подальшому її зміст містить лише перелік правових титулів, на основі яких суб'єкти господарювання можуть володіти майном, необхідним їм для здійснення господарської діяльності. На думку Цікала В. І., під правовим режимом майна суб'єктів господарювання – слід розуміти сукупність правових можливостей суб'єктів господарювання щодо володіння, користування та розпоряджання належним їм майном. Також в науковій

літературі існують і інші думки щодо цього поняття. Зокрема, під правовим режимом майна також розуміють установлений правовими засобами порядок і умови придбання (присвоєння) майна, здійснення суб'єктами права повноважень володіння, користування та розпорядження ним, реалізація функцій управління майном, а також правова його охорона. На думку Гайворонського В.Й., якщо це визначення деталізувати, то можна виокремити такі елементи або структуру правового режиму: 1) сукупність правових норм, що регулюють відносини власності, визначають форму власності, види майна, суб'єктів права власності, правомочності власника; 2) правомочності організацій по здійсненню права господарського відання чи права оперативного управління майном; 3) правоздатність суб'єктів господарювання в майнових відносинах; 4) встановлені правовими засобами порядок та умови розподілу майна по фондах, використання його в процесі виробничо-господарської та іншої діяльності, здобуття з нього корисних результатів; 5) функції та компетенцію керівників організації щодо управління майном та його ефективного використання з метою забезпечення статутної діяльності підприємства.

Варто зазначити, що такі правові режими майна суб'єктів господарювання як право господарського відання та право оперативного управління зазвичай власне і застосовуються у державному та комунальному секторах економіки. Однак право господарського відання характерне не лише для суб'єктів господарювання державного та комунального секторів економіки, на ньому діють також інші юридичні особи, зокрема підприємства об'єднань громадян та релігійних організацій (про це прямо зазначено у ч. 5 ст. 112 ГК України, відповідно до якої підприємство об'єднання громадян, релігійної організації діє на основі статуту і є юридичною особою, здійснюючи свою діяльність на праві оперативного управління або господарського відання відповідно до вимог цього Кодексу).

В науковій літературі наголошують, що на праві господарського відання діють, зокрема, державні та комунальні унітарні комерційні підприємства, підприємства об'єднань громадян та релігійних організацій, унітарні приватні підприємства та підприємств споживчої кооперації тощо. На відміну від права довірчої власності, для тих суб'єктів господарювання, які діють на правовому режимі майна – право господарського відання, він є єдиним. Такі суб'єкти, як правило, не використовують у своїй господарській діяльності інших правових режимів майна. Окрім того, на праві господарського відання діють лише юридичні особи – суб'єкти господарювання.

Право господарського відання за змістом наближене до права власності. Відмінність від права власності полягає у тому, що при використанні правового режиму господарського відання, право розпоряджання окремими видами майна, як правило, основними фондами, обмежується наявністю згоди власника (уповноваженого ним органу). Без згоди власника комунальне підприємство як суб'єкт права господарського відання не може розпорядитися цими видами майна.

Окремі науковці пропонують досить радикальні зміни до чинного законодавства щодо правомочностей суб'єкта господарювання за правом господарського відання. Зокрема, Любімов І.М. пропонує для забезпечення майно-

вих прав підприємств заборонити власнику (уповноваженому ним органу) вилучати майно, що знаходиться у господарському віданні комунального підприємства, крім випадків передбачених законом (наприклад, за ініціативою самого підприємства). Більше того, Любімов І.М. також пропонує встановити заборону на вилучення власником (уповноваженим ним органом) майна без одночасного уточнення у статуті цілей, видів і напрямів діяльності підприємства, у якого таке майно вилучається, та у відповідному фінансовому плані. Якщо остання пропозиція ще заслуговує на увагу, оскільки дійсно, якщо власник вилучає певне майно, яке він надав суб'єкту господарювання на праві господарського відання (або ж оперативного управління), зазвичай є потреба уточнити в статуті цілі, види і напрямки діяльності підприємства, то перша пропозиція (щодо заборони власнику (уповноваженому ним органу) вилучати майно, що знаходиться у господарському віданні комунального підприємства) є недостатньо добре обґрунтована, оскільки це обмежує права власника майна.

Право господарського відання використовується виключно для здійснення комерційної діяльності (підприємництва), що притаманно окремим видам комунальних підприємств (які здійснюють комерційну діяльність). Не можуть використовувати цей правовий режим комунальні підприємства, які не мають на меті одержання прибутку.

Територіальна громада (в особі відповідних органів місцевого самоврядування) як власник майна, переданого комунальному підприємству в господарське відання або оперативне управління, здійснює контроль за використанням та збереженням належного їм майна. Для комунального підприємства такий контроль може виражатися у декількох формах. Зокрема, здійснюючи контроль за використанням та збереженням комунального майна таким підприємством, орган до сфери управління якого воно входить, вчиняє такі дії: затверджує фінансовий план підприємства, надає попередню згоду на відчуження окремих видів майна підприємства, надає згоду на списання з балансу не повністю амортизованих основних фондів або на їх прискорену амортизацію, слідкує за своєчасністю направлення державі частини доходу підприємства, призначає ревізію фінансово-господарської діяльності підприємства у разі зміни його керівника тощо.

Право господарського відання та оперативного управління, будучи різновидом речових прав суб'єктів господарювання, користується таким же захистом від його порушень, як і право власності. Зокрема, комунальне підприємство може вимагати витребування цього майна з чужого незаконного володіння, може пред'явити негаторний позов тощо. Комунальне підприємство може вживати заходів захисту як щодо самого власника, так і щодо сторонніх учасників відносин у сфері господарювання.

Цікавою є думка Гринюка Р.Ф., який відзначає, що правовий режим майна комунального підприємства означає існування в середині основних правових форм (власності або похідних речових господарських прав) особливих правил реалізації правомочностей щодо володіння, користування і розпорядження майном у ході господарювання. В залежності від співвідношення прав на майно засновника і створеного суб'єкта господарювання необхідно виділити дві моделі

(правові форми) майнового відокремлення комунальних підприємств (що повною мірою притаманно і державним підприємствам). На його думку, конструкція першої моделі відносин полягає в тому, що засновник при створенні суб`єкта господарювання та передачі йому майна втрачає речові права на це майно і набуває при цьому зобов'язальні права. Власником майна стає створений суб'єкт господарювання. Дана конструкція майнових відносин існує в комунальних підприємствах, створених у формі господарських товариств. До другої моделі належать унітарні комунальні підприємства, на майно яких засновники зберігають право власності. Самі підприємства набувають похідне речове право на закріплене за ними майно – право господарського відання або оперативного управління.

Отже, майно комунального унітарного підприємства перебуває у комунальній власності (власником залишається відповідна територіальна громада в особі уповноважених органів місцевого самоврядування) і закріплюється за таким підприємством на праві господарського відання (зокрема, для комунального комерційного підприємства, яке здійснює підприємницьку діяльність) або на праві оперативного управління (зокрема, для комунального некомерційного підприємства, яке не має на меті отримання прибутку).

ПРОБЛЕМИ СПАДКУВАННЯ ПРАВА НА ВКЛАД

Н. Шама

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року закріпив новий підхід до регулювання спадкування права на вклад. На відміну від раніше чинного цивільного законодавства, ЦК України не виключає право на вклад з переліку тих об'єктів, які можуть входити до складу спадщини. Це означає, що після смерті фізичної особи, яка уклала договір банківського вкладу, право на внесений нею вклад спадкується на загальних підставах, оскільки на нього в повній мірі поширюються норми про спадкування, в тому числі й ті, що стосуються прав на обов'язкову частку у спадщині.

Крім цього, основними новелами в правовому регулюванні спадкування права на вклад є те, що розпорядитися ним на випадок смерті можна двома способами:

– зробивши відповідне розпорядження банку (фінансовій установі) у договорі банківського вкладу чи окремому документі або

– зробивши відповідне розпорядження у заповіті, якщо фізична особа вирішила таким чином розпорядитися своїм майном на випадок смерті.

© Шама Н., 2014

При цьому, треба мати на увазі, що якщо зроблені у заповіті розпорядження стосуються усього майна заповідача, то вони поширюються і на право на вклад як об'єкт спадкування.

Однак, якщо вкладник спочатку розпорядився правом на вклад, зробивши відповідне розпорядження банку, а потім склав заповіт, то необхідно визначити, яке із розпоряджень матиме пріоритет. Оскільки обидва розпорядження мають характер заповідальних, то повинно застосовуватися правило про те, що кожне наступне заповідальне розпорядження скасовує попереднє. Але якщо заповіт стосується конкретного майна, не включаючи права на вклад, або не змінює особу спадкоємця, до якого має перейти право на вклад, то чинність зберігає розпорядження правом на вклад, яке зроблене банку.

Це основні положення, які стосуються законодавчого регулювання права на вклад. Однак незважаючи на таке досить детальне регулювання спадкування права на вклад, на практиці все ж виникають певні проблемні питання, пов'язані із спадкуванням права на вклад.

Зокрема йдеться про те, чи допускають договірні відносини з договору банківського вкладу правонаступництво з огляду на ст.ст. 1228 та 608 ЦК України.

Як свідчить судова практика, позивачі – спадкоємці вкладника звертался до суду з вимогою про виплату процентів за договором банківського вкладу за період, який обчислювався з моменту смерті вкладника-спадкодавця і до моменту витребування вкладу спадкоємцем. Такі звернення були зумовлені тим, що банки відмовляли в нарахуванні вказаних процентів, посилаючись на те, що договір банківського вкладу припиняється внаслідок смерті вкладника як такий, що нерозривно пов'язаний з його особою.

Суди по-різному вирішували такі справи: одні суди задовольняли такі вимоги позивачів, інші ж, навпаки, підтримували позицію банків і відмовляли в задоволенні позовів.

Як видається, по даній категорії справ, перш за все, необхідно визначити, що саме є об'єктом спадкування.

Виходячи з положень ст. 1228 ЦК України, до складу спадщини входить не право вимоги, яке виникло у вкладника на підставі договору банківського вкладу, а лише право на вклад, тобто право на грошову суму, яка була прийнята банком від вкладника (ч. 1 ст. 1058 ЦК України).

Правонаступництво у договірних правовідносинах передбачає заміну кредитора чи боржника у зобов'язанні, залежно від того, на чиїй стороні відбувається правонаступництво.

Право вимоги, яке виникло у вкладника з договору банківського вкладу, не може бути об'єктом спадкування, оскільки договір банківського вкладу є нерозривно пов'язаний з особою кредитора (вкладника).

Правонаступництво у зобов'язальних правовідносинах, які виникли на підставі договору банківського вкладу, на стороні кредитора не допускається та й є об'єктивно неможливим в тому контексті, що договір банківського вкладу оформляється на ім'я конкретної особи і лише цій особі на підставі документа, який засвідчує її особу, банк виплачує відсотки за договором та після закінчення строку

договору банківського вкладу повертає суму вкладу (або спадкоємцеві вкладника при пред'явленні ним свідоцтва про право на спадщину). Тому навіть якщо спадкоємець вкладника бажає і надалі продовжити договірні відносини з банком на підставі договору банківського вкладу, то він повинен переоформити договір на своє ім'я, а це вимагає укладення договору банківського вкладу заново.

Таким чином, до складу спадщини входить не право вимоги за договором банківського вкладу, а право на вклад, тобто грошова сума, прийнята банком від вкладника за договором банківського вкладу, а також проценти, які були нараховані на суму вкладу, але не витребувані вкладником до моменту припинення договору банківського вкладу.

В цьому контексті треба зазначити й про те, що виконання боржником (банком) за договором банківського вкладу своїх зобов'язань не залежить від факту смерті кредитора, оскільки останні полягають у виплаті процентів та поверненні суми вкладу після припинення договору банківського вкладу уповноваженій на це особі, а такою особою може бути або сам вкладник, або його спадкоємець на підставі свідоцтва про право на спадщину.

Правовим наслідком припинення договору банківського вкладу є повернення вкладу та виплата нарахованих процентів за відповідний період.

Тому важливе значення в цьому аспекті має визначення моменту припинення договору банківського вкладу. Цей момент різниться в залежності від того, на яких умовах укладено договір банківського вкладу: на умовах припинення договору банківського вкладу після спливу визначеного у ньому строку чи на умовах продовження договору банківського вкладу після закінчення його строку.

Якщо договір банківського вкладу укладено на умовах його припинення після спливу визначеного у ньому строку, то він припиняється після закінчення строку його дії. Якщо вкладник по спливу цього строку не вимагає повернення суми вкладу та нарахованих процентів, то банк просто зараховує ці кошти на поточний рахунок вкладника, а отже про жодну сплату процентів з моменту припинення договору банківського вкладу і до моменту витребування вкладу спадкоємцем вкладника йтися не може.

Якщо ж йдеться про вклад другого виду, тобто на умовах продовження договору банківського вкладу після закінчення його строку на той же строк і на тих же умовах з виплатою процентів відповідно до ставки, яка діє в банку на цей момент, то тут ситуація дещо інша. В цьому випадку, оскільки договір банківського вкладу після спливу визначеного у ньому строку кожен раз продовжується знову на такий же строк, то договір банківського вкладу припиниться не у момент смерті вкладника, а у той момент, коли спадкоємець вкладника звернеться до банку з вимогою про повернення суми вкладу. А отже з таких обставин банк зобов'язаний виплатити проценти за весь період з моменту смерті вкладника і до моменту витребування вкладу спадкоємцем, оскільки незалежно від смерті вкладника договір банківського вкладу продовжував діяти.

Таким чином, договір банківського вкладу, укладений на умовах його продовження після закінчення строку договору банківського вкладу, припиняється з моменту пред'явлення вимоги про повернення суми вкладу уповноваже-

ною на це особою (вкладником чи його спадкоємцем). А тому спадкоємець вкладника може вимагати виплати процентів, які були нараховані на суму вкладу до моменту припинення договору банківського вкладу, тобто до моменту витребування ним вкладу.

Власне такий підхід знайшов підтвердження і у правових позиціях Верховного Суду України, який у своїй Постанові від 18 вересня 2013 року зазначив, що зобов'язання за договором банківського вкладу не пов'язані з особою вкладника, а тому не припиняються у зв'язку з його смертю. До спадкоємців вкладника переходить право на вклад у банку та проценти, нараховані на суму вкладу до дня фактичного повернення коштів.

ПРИНЦИПИ СПРАВЕДЛИВОСТІ, ДОБРОСОВІСНОСТІ, РОЗУМНОСТІ ТА ЇХ ВТІЛЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

О. Яворська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вперше у ЦКУ принципи справедливості, добросовісності та розумності декларуються як такі, що ними мають керуватися як учасники цивільного обороту, так і суди при вирішенні конкретних спорів. Звернення до справедливості як до мірила поведінки, мірила оцінки при вирішенні конкретної ситуації у правозастосувальній діяльності відбувається настільки часто, що тільки юрист-фахівець, опираючись на формальні приписи права, береться за пояснення причин програшу справи стороні спору, яка все ж вважає, що таке вирішення щодо неї є несправедливим. Дослідження справедливості, доцільності, розумності та їх співвідношення з правом стали можливими лише зараз. Ці проблеми досліджуються як у галузевих науках, так і в загальнотеоретичних, зокрема в теорії та філософії права. Тлумачення справедливості як однієї із засад права наводиться в рішенні Конституційного Суду від 11 листопада 2004 р.: справедливість – одна з основних засад права – є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

ЦК Нідерландів, наприклад, закріплює таку норму: правило, що зв'язує сторони в силу закону, звичаю або юридичного акта не застосовується, якщо за даних обставин це неприйнятно у відповідності до стандартів розумності і справедливості. Німецьке цивільне уложення передбачає, що боржник зобов'язаний здійснити виконання добросовісно, як того вимагають звичаї обороту. У Цивіль-

© Яворська О., 2014

ному кодексі Франції встановлено, що домовленості зобов'язують не тільки до того, що в них безпосередньо виражено, а й до всіх наслідків, які справедливість, звичай або закон пов'язують з відповідним зобов'язанням згідно з його природою.

Висловлена теза, що справедливість у своїй змістовній суті є всезагальною спрямованістю права, але її не можна вважати його безпосереднім регулятивним імпульсом. Питання про те, що справедливо, а що ні, не може бути вирішеним позитивно у відриві від конкретної ситуації. Єдиний алгоритм рішення відсутній. Учені-цивілісти вбачають прояв справедливості при виконанні договірного зобов'язання: у неупередженій поведінці сторін зобов'язання; в об'єктивній, всебічній і адекватній оцінці ними своїх дій та дій іншої сторони зобов'язання; у суворому, точному слідуванні вимогам закону і умовам договору, котрі, у свою чергу, мають бути справедливими; у незловживанні правом і врахуванні інтересів іншої сторони зобов'язання; у забезпеченні (дотриманні) принципу юридичної рівності сторін договірного зобов'язання.

У свій час Й.О. Покровський відзначав: правило, що договір, який суперечить добросовісності, нікчемний, є певною універсальною аксіомою, освяченою до того ж високим авторитетом римського права. Сам термін «добросовісність (добрые нравы)» бере свій початок від римського «boni mores». Значення «добрых нравов» зростає і тим більше накладає на юриспруденцію обов'язок розібратися в цьому понятті, визначити його істинну принципову природу. Окреслена Й.О. Покровським проблема дослідження принципу добросовісності залишається актуальною і на сьогодні. Вбачається, що з позицій юриспруденції розкриття суті добросовісності, розумності, справедливості не може бути здійсненим, оскільки ці категорії мають іншу природу і не можуть бути розкритими з галузевих позицій. Про це справедливо зазначається в літературі. Тому сучасні дослідження – це радше обмін досвідом, що формується практикою, аналіз співвідношень норми права і зазначених принципів.

У науковій літературі справедливо зазначається про те, що добросовісне набуття, здійснення, захист і припинення суб'єктивного цивільного права означають вчинення зазначених дій стосовно суб'єктивного цивільного права таким чином, щоб при цьому нікому не заподіювалася шкода, не створювалася загроза її заподіяння, а якщо динаміка права неможлива без сприяння третіх осіб – таким чином, щоб необхідність допомогти, витрати і зусилля, необхідні для її надання, були мінімізовані. Будь-які спроби недобросовісного оперування правами і обов'язками повинні найжорсткішим чином припинятися (правоохоронними органами, судами, господарськими судами). Добросовісність – принцип цивільного права. Вчиняючи недобросовісно, особа ставить себе поза цивільним правом, а отже, не має права розраховувати на цивільно-правовий і законодавчий захист.

Словосполучення «добросовісність» настільки усталене, що ми не задумуємось над його змістом. Добросовісність – це добро і совість. Але совість не може бути доброю чи поганою. Вона є або її нема. Тому діяти на совість – як принцип приватного права – це діяти не на шкоду контрагенту, з мінімальним ризиком як для нього, так і для третіх осіб. Зрештою – діяти так, як би суб'єкт хотів, щоб діяли щодо нього самого.

У літературі висловлена думка, що включення до загальних засад цивільного законодавства справедливості, добросовісності та розумності призводить до абстрактності деяких положень ЦК України – вони розглядаються як певний орієнтир для створення судового прецеденту, а не як конкретний нормативно-правовий акт. Висловлені застереження від можливих негативних наслідків застосування зазначених принципів. Такі наслідки можуть мати вираження в ускладненні при вирішенні конфліктів, що виникають між сторонами договірного зобов'язання у зв'язку з різним розумінням і тлумаченням ними зазначених принципів; труднощі й розбіжності в оцінці поведінки сторін зобов'язання судами при розгляді цивільних і господарських спорів.

Однак саме лише законодавче проголошення принципів добро совісності, розумності та справедливості свідчить про поступальний, прогресивний рух українського цивільного права. Інша справа, що суспільство загалом не готове до їх практичної реалізації. На заваді цілий ряд чинників: низька правова культура, політична та економічна нестабільність тощо. Правореалізаційна діяльність сформувалася переважно під впливом розуміння права виключно як права писаного, права, яке отримує своє зовнішнє вираження у нормативно-правових актах. Тому на даний час у судовій практиці відсутні рішення, у яких суд апелює до зазначених принципів при вирішенні конкретних справ. У Постанові Пленуму Верховного Суду України від 18 грудня 2009 р. «Про судове рішення у цивільній справі» зазначено: рішення є законним тоді, коли суд, виконавши всі вимоги цивільного судочинства, вирішив справу згідно з нормами матеріального права, що підлягають застосуванню до даних правовідносин, а також правильно витлумачив ці норми. Якщо спірні правовідносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). Про аналогічне зазначено і у Постанові Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 р. «Про судове рішення в адміністративній справі». Суди при винесенні рішень «не ризикують» застосовувати ці засади. Рішення може бути скасованим, а це вже позначиться на показниках діяльності конкретного судді, суду. Тому мають бути переглянутими і процесуальні засади вирішення спорів, що виникають з приватних (цивільних) правовідносин.

Україна входить до п'ятірки лідерів серед країн, з яких надходить найбільша кількість скарг до Європейського суду з прав людини. Так, станом на жовтень 2013 р. в ЄСПЛ знаходились понад 10 тисяч скарг на Україну. Інша цифра – понад 95% рішень, які приймає щодо України ЄСПЛ, насправді не виконуються. У практиці ЄСПЛ рішення про порушення статті 18 – тобто про вину держави у зловживанні законодавством для досягнення неправомірних цілей – виносились всього три рази. Крім Луценка ще у справах «Гусинський проти Росії» та «Чеботарь проти Молдови» – хоча про порушення ст. 18 стверджувалося у понад 200 справах.

Прояв, зміст, втілення добросовісності, розумності, справедливості у законодавстві як його засадничих положень, потрібно розглядати у двох взаємопов'язаних площинах:

– добросовісність, розумність, справедливість як засадничі положення у нормотворчій діяльності уповноважених державних органів;

– добросовісність, розумність, справедливість у правозастосовній діяльності.

Якщо ці принципи знехтувані у нормотворчій діяльності, то, відповідно не може йтися про їх практичне застосування.

Проблеми нормотворчої діяльності накладаються на проблеми правозастосування і посилюють критичний стан. Варто звернути увагу на окремі, найбільш проблемні моменти нормотворчої діяльності з позицій справедливості, добросовісності, розумності.

1. Величезна кількість нормативного матеріалу, особливо коли йдеться про відомчу нормотворчіть окремих державних регуляторів у вузькопрофільному сегменті суспільних відносин, не завжди свідчить про якість правового регулювання. Складається враження про нарощування кількісних показників, оскільки об'єктивний розвиток суспільних відносин не настільки динамічний, як його нормативне регулювання. Причому, що окремі відносини, що потребують чіткої законодавчої регламентації, випадають з поля зору законодавця.

2. Нестабільність нормотворення. Прийняття нормативних актів за методом «проб і помилок». Часте, непослідовне внесення змін, доповнень, уточнень до чинного законодавства, не зумовлене об'єктивними критеріми, зачасту свідчить про неякісну роботу над основним актом, до якого згодом вносяться правки.

3. Відсутність координації, співпраці між різними державними органами, на які відповідно до їх компетенції покладається прийняття нормативних актів: «ліва рука не знає, що робить права».

4. Перехресне регулювання відносин різними державними регуляторами, що призводить до суперечливого регулювання, дублювання, що у кінцевому підсумку породжує неможливість застосування норм.

5. Окрему проблему складає мова закону, що утруднює розуміння його змісту для спеціаліста, не кажучи про пересічну особу. Закон для людини, а не людина для закону – теза висловлена великим моральним авторитетом нашого часу Любомиром Гузаром, видається законодавця не цікавить.

6. Проблема співвідношення змісту підзаконних актів та закону, на розвиток положень якого та створення механізмів його реалізації насамперед спрямовуються ці акти. Лише порівняльний біглий аналіз дозволяє встановити абсолютно недоцільні речі: дублювання дефініцій, окремий понятійний апарат для кожного окремого нормативного акту, відтворення у підзаконних актах положень закону зі значним розширенням їх змісту тощо. Усталені поняття, що наповнені конкретним змістом, набувають нового звучання, залежно від нормативного акта, у якому вони застосовуються.

І це лише окремі проблеми, найбільш загальні, не вдаючись до конкретних галузевих проблем нормотворення та правозастосування.

То чи зможуть сучасники стверджувати про високий авторитет українського права, як свого часу зазначав Й.О. Покровський (і не тільки він) про римське право, питання риторичне.

ЗМІСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

І. Якубівський
Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогоднішній день законодавство України суперечливо підходить до вирішення питання щодо змісту майнових прав інтелектуальної власності.

Так, ст. 41 Конституції України передбачає право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Дана позиція Основного Закону опосередковано відображає проприєтарну теорію, відповідно до якої, права на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації розглядаються як різновид права власності.

На відміну від цього, у ЦК України право інтелектуальної власності структурно відмежоване від права власності. Така законодавча позиція базується на теорії виключних прав, відповідно до якої, права на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації розглядаються як права особливого роду (sui generis), а не як різновид права власності. Загальна норма, вміщена у ст. 424 ЦК України передбачає, що майновими правами інтелектуальної власності є: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Наведений підхід відображено також у спеціальних нормах при визначенні змісту майнових прав інтелектуальної власності на окремі об'єкти.

Якщо аналізувати спеціальне законодавство України у сфері інтелектуальної власності, то, в цілому, визначення змісту майнових прав на відповідні об'єкти тут хоч і не співпадає повністю з ЦК України, але ґрунтується на тих самих концептуальних засадах, що й ЦК України. Наприклад, у ч. 1 ст. 15 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» передбачено, що до майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать: а) виключне право на використання твору; б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» у ст. 28 передбачає, що патент надає його власнику *виключне право використовувати* винахід (корисну модель) за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів. Крім цього, дана стаття закону закріплює *виключне право забороняти* іншим особам використовувати винахід (корисну модель), а також *право дати будь-якій особі дозвіл* (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі).

Отже, можна констатувати, що на сьогоднішній день існують принципові розходження між Конституцією України, з одного боку, та ЦК України і спеціа-

© Якубівський І., 2014

льними законами у сфері інтелектуальної власності, з іншого боку, щодо визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності. У певній мірі, такий стан речей обумовлений неоднозначними підходами до вирішення даного питання у правовій доктрині.

При усій повазі до вчених, які підтримують проприєтарний підхід, все ж дозволимо собі зазначити, що подібне трактування сутності прав на результати творчої діяльності не враховує такого важливого моменту, як нематеріальний характер об'єктів права інтелектуальної діяльності, і, як наслідок, практичну неможливість застосування до відносин щодо таких об'єктів якщо не всіх, то принаймні більшості норм інституту права власності. Можливо, на початку 90-х рр. минулого століття, після розпаду Союзу РСР з його тоталітарною системою і переходу до якісно іншої моделі відносин між особою і державою прийняття проприєтарної концепції прав на результати творчої діяльності було, до певної міри, виправданим. Адже реформування політичної та економічної системи передбачало утвердження розуміння особи саме як власника, в першу чергу – щодо результатів своєї праці, включаючи й інтелектуальну. Тому видається, що невипадково ренесанс проприєтарної концепції, яка в радянській літературі з авторського і винахідницького права загалом сприймалась критично, припав саме на період розпаду Союзу РСР та утворення на основі колишніх республік незалежних держав.

Проте в сучасних умовах застосування проприєтарного підходу стає непотрібним і невиправданим. Визначення авторських чи патентних прав як прав непорушних і сприйняття інтелектуальної власності як товару не обов'язково має пов'язуватись із розумінням останньої з позицій проприєтарної концепції. Водночас, стають дедалі очевиднішими відмінності між правом власності і правами на результати інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації.

Традиційно прихильники проприєтарної концепції намагаються довести, що і стосовно результатів інтелектуальної діяльності та засобів індивідуалізації існують правомочності володіння, користування і розпоряджання.

Найбільш помітно хибність проприєтарного підходу проявляється стосовно такої правомочності власника, як володіння. Так, володіння об'єктом права інтелектуальної власності не може полягати у володінні матеріальним носієм (рукописом, компакт-диском, виробом тощо), в якому втілено вказаний об'єкт. Матеріальний носій дійсно може виступати об'єктом права володіння, але останнє є елементом змісту права власності на матеріальний носій, а не права інтелектуальної власності на втілений у ньому результат інтелектуальної діяльності. А відповідно до ст. 419 ЦК України, право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного. Правомочність володіння стосовно об'єкта права інтелектуальної власності не може визначатися як фактичне знання суб'єктом відповідних ідей та рішень. Адже об'єкт права інтелектуальної власності, будучи нематеріальним за своїм характером, може бути одночасно втіленим у великій кількості матеріальних носіїв, що робить можливим сприйняття його змісту необмеженим колом осіб. Тому фактичне знання ідей і рішень аж ніяк не є виключною прерогативою лише автора чи іншого суб'єкта права інтелектуальної власності.

Так само не може йтися про застосування до об'єктів права інтелектуальної власності речово-правових способів захисту права володіння, зокрема, віндикації. Попри всі спроби прихильників проприєтарного підходу довести існування права володіння результатом інтелектуальної діяльності чи засобом індивідуалізації, поза сумнівом залишається те, що витребувати від іншої особи нематеріальний об'єкт (образ, ідею, технічне рішення, позначення тощо), якою та незаконно «заволоділа» неможливо навіть суто теоретично.

Що стосується двох інших правомочностей власника (користування і розпоряджання) то їх існування щодо об'єктів права інтелектуальної власності обгрунтовується не лише представниками проприєтарної концепції, але й, в принципі, не заперечується окремими вченими, які підтримують концепцію виключних прав. Проте така позиція теж викликає певні заперечення.

У цьому аспекті слід зазначити, що поняття «право користування», що позначає один із елементів змісту права власності, і «право використання», що входить до складу майнових прав інтелектуальної власності, не є тотожними. Якщо мова йде про об'єкт права власності (річ), то власник, здійснюючи право володіння і користування річчю, вже тим самим усуває всіх інших осіб від володіння і користування цією ж річчю. Тобто наявність зазначених правомочностей у власника є достатньою для того, щоби створити лише для нього як для суб'єкта права власності можливість вилучення корисних властивостей речі і одночасно відмежувати усіх інших осіб від подібного впливу на річ. Абсолютно інша ситуація із об'єктами права інтелектуальної власності. Як було сказано вище, права володіння щодо таких об'єктів не існує в принципі. Що ж означатиме для правоволодільця надання йому права користування об'єктом? Якщо навіть гіпотетично припустити тотожність понять «користування» і «використання», то це означатиме лише існування юридично забезпеченої можливості правоволодільця самому використовувати відповідний об'єкт. Але це не дозволятиме усувати усіх інших осіб від подібного «користування» об'єктом, оскільки останній є нематеріальним за своєю природою. Тому по відношенню до об'єктів права інтелектуальної власності слід вести мову про існування виключного права на використання об'єкта, а не права користування.

Стосовно права розпоряджання, то і тут існують певні застереження. Якщо в контексті права власності йдеться про право розпоряджання самим майном (ст. 317 ЦК України), то у сфері інтелектуальної власності слід вести мову про розпоряджання майновими правами на відповідний об'єкт (ст.ст. 424, 1107 ЦК України).

Таким чином, проведений вище аналіз дозволяє дійти висновку, що визначення змісту майнових прав інтелектуальної власності з позицій проприєтарного підходу, тобто через тріаду правомочностей власника – володіння, користування і розпоряджання – не відповідає як нематеріальній природі самих об'єктів права інтелектуальної власності, так і характеру правовідносин, що виникають при цьому.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ПРАВО ІНВАЛІДІВ НА СОЦІАЛЬНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ

М. Бук

Львівський національний університет імені Івана Франка

В загальній теорії права суб'єктивне право особи розуміють, як закріплену в нормах права та забезпечену державою можливість її певної поведінки, спрямованої на задоволення власних інтересів. Суб'єктивне право передбачає наявність в особи таких можливостей (свобод): самій вчиняти активні дії; вимагати від інших суб'єктів вчинення певних дій; звертатись до держави за захистом, примусовим забезпеченням свого юридичного права.

Реалізація суб'єктивного права залежить від волі особи. Але суб'єктивне право, як міра можливої чи дозволеної поведінки, не може здійснюватись його носієм довільно, незалежно від інших юридичних норм. Реалізуючи своє суб'єктивне право, учасник правовідносин діє на основі існуючих правових норм. Так, інвалід який реалізував своє право на забезпечення протезно-ортопедичними виробами і в результаті чого, йому було надано коляску для пересування, не вправі розпоряджатись нею, тобто продавати або дарувати її. Отже, межі можливої поведінки, а відтак межі реалізації суб'єктивного права інваліда на соціальне обслуговування визначаються нормами об'єктивного права, що являє собою систему норм права, встановлених (санкціонованих) та забезпечених державою, з метою регулювання, охорони та захисту суспільних відносин.

Особа реалізовує своє право на соціальне обслуговування, вступаючи у відносини із соціального обслуговування. Відповідно до ЗУ «Про соціальні послуги» право на отримання соціальних послуг мають громадяни України, іноземці, особи без громадянства, які проживають в Україні на законних підставах та перебувають у складних життєвих обставинах, а також особи на яких поширюється дія ЗУ «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту». Однак, такі особи мають право лише на такий вид соціального обслуговування, який передбачений відповідним законом. У ст. 5 ЗУ «Про соціальні послуги» основними формами соціального обслуговування визначаються соціальні послуги та матеріальна допомога. Таким чином, суб'єктивне право на соціальне обслуговування можемо розглядати як право на одержання соціальних послуг та (або) матеріальної допомоги. Право на соціальні послуги полягає у праві особи, яка перебуває у складних життєвих обставинах, які не може самостійно подолати, на допомогу у розв'язанні її життєвих проблем. Соціальні послуги надаються: за місцем проживання особи (вдома); у стаціонарних інтернатних установах та закладах; у реабілітаційних установах та закладах; в уста-

© Бук М., 2014

новах та закладах денного перебування; в установах тимчасового або постійного перебування; у територіальних центрах соціального обслуговування; та в інших закладах соціального догляду. Право на матеріальну допомогу – це право особи, яка перебуває у складній життєвій ситуації, яку не може самостійно подолати, на одержання продуктів харчування, засобів санітарії і особистої гігієни, засобів догляду за дітьми, одягу, взуття та інших предметів першої необхідності, палива, а також технічних і допоміжних засобів реабілітації.

Кожному суб'єктивному праву кореспондує відповідний юридичний обов'язок. У відносинах соціального обслуговування носієм суб'єктивного права є фізична особа. Юридичниий обов'язок покладений на відповідний орган, який надає чи сприяє в одержанні соціального обслуговування. У теорії права юридичний обов'язок визначають, як закріплену у нормах права та забезпечену державою необхідність певної поведінки суб'єкта для задоволення інтересів уповноваженої особи. Виділяють такі ознаки юридичних обов'язків: однозначний зміст; імперативність; забезпеченість юридичним механізмом; наявність у іншої особи права вимагати виконання обов'язку. Юридичні обов'язки органів, які надають і сприяють в одержанні соціального обслуговування інвалідам, відповідають вказаним ознакам: їх зміст чітко визначений у законах та підзаконних нормативних актах; на законодавчому рівні передбачений механізм їх реалізації; вимагати їх виконання мають право особи, які опинились у складних життєвих обставинах, наслідки яких не можуть подолати самостійно.

Однак на практиці, зобов'язаний суб'єкт не завжди забезпечує реалізацію права інваліда на соціальне обслуговування. Так, наприклад, інвалід за висновком МСЕК може бути визнаний таким, який має право на забезпечення його автомобілем. Прийняття висновку можливе за наявності у інваліда медичних показань для одержання транспортного засобу. Тоді інвалід подає заяву, із усіма необхідними документами, про забезпечення його транспортним засобом до відповідного органу. Зобов'язаний орган, за наявності підстав, повинен прийняти рішення і надати соціальне обслуговування. Забезпечення автомобілями інвалідів здійснюється Мінсоцполітики АР Крим, відповідними структурними підрозділами обласних, Київської та Севастопольської міських держадміністрацій або управлінням виконавчої дирекції Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України в АР Крим, областях, м. Києві та Севастополі. Формально, орган, який сприяє в одержанні соціального обслуговування, у даному випадку МСЕК, виконав свій юридичний обов'язок – розглянув заяву, прийняв рішення на користь уповноваженого. Але фактично, органи, які надають такий вид соціального обслуговування, не забезпечують інваліда автомобілем. Органи виконавчої влади чи управління виконавчої дирекції вказаного соціального фонду, у таких випадках, посилаються на відсутність фінансових можливостей надання соціального обслуговування. Але тим не менше, інвалід не може реально задовольнити своє право на соціальне обслуговування. Як наслідок, юридичний обов'язок не виконано.

У випадку невиконання зобов'язаним суб'єктом юридичного обов'язку, уповноважена особа вправі звернутись до суду за захистом своїх прав та свобод. Відповідно до ст. 55 Конституції України захист прав, свобод та законних

інтересів кожної особи забезпечується в судовому або іншому порядку, встановленому законом. Отже, будь – яку дію (бездіяльність) органів та посадових осіб інвалід може оскаржити у суді.

Однак, часто виникають ситуації коли судді при розгляді справ стосовно права інвалідів на соціальне обслуговування, у деякій мірі, залежні від спеціалістів органів соціального забезпечення. Так, у випадку необхідності проведення експертизи рішення МСЕК, відповіді за запитом суду, у більшості випадків, дають ті ж самі МСЕК. Тобто МСЕК залучається до судових справ не лише у ролі відповідача, але й у ролі експерта. За таких умов виникають сумніви стосовно об'єктивності такого вирішення спору в суді.

Така ситуація зумовлена тим, що більшість правових норм містять лише основні засади щодо вирішення спорів пов'язаних із реалізацією права інваліда на соціальне обслуговування. Так, у ст. 19 ЗУ «Про соціальні послуги» зазначається, що рішення про відмову у наданні, обмеження обсягу або припинення надання соціальних послуг може бути оскаржено до центрального чи місцевого органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, який видав дозвіл на надання соціальних послуг або до суду. Аналогічні положення містяться й у ЗУ «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» та ЗУ «Про реабілітацію інвалідів в Україні». Тобто, спеціальні норми, які б мали детально регламентувати процес вирішення в судовому або адміністративному порядку спорів, що виникають з приводу порушення права інвалідів на соціальне обслуговування відсутні. Зазначені питання регулюються окремими нормами різних галузей права, які зрозуміло, не враховують всієї сукупності їх особливостей.

Із вказаного вище, випливає потреба удосконалення механізму реалізації права інваліда на соціальне обслуговування. З цією метою, видається, необхідним передбачити такі гарантії права на соціальне обслуговування, які б забезпечували виконання зобов'язаними суб'єктами їх юридичних обов'язків, а у випадку їх невиконання, належний захист такого права.

РОЛЬ ПРОФСПІЛОК В СИСТЕМІ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРАЦІВНИКІВ ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

В. Бурак

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах ринкової економіки однією з дієвих форм захисту трудових прав і законних інтересів працівників є їх захист професійними спілками та їх об'єднаннями.

© Бурак В., 2014

У відповідності із Конституцією України профспілки створюються з метою захисту трудових і соціально-економічних прав та інтересів громадян. Законом України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» визначено, що професійні спілки створюються з метою здійснення представництва та захисту трудових, соціально-економічних прав та інтересів членів профспілки.

Аналіз проекту Трудового кодексу дозволяє виділити принаймні дві форми захисту трудових прав і законних інтересів профспілками. По-перше, це участь у системі соціального партнерства, зокрема при проведенні колективних переговорів, консультацій, а також укладання колективних договорів та угод. По-друге, шляхом здійснення представництва найманих працівників при вирішенні індивідуальних і колективних трудових спорів.

Однією з основних форм захисту трудових прав працівників профспілками є їх діяльність в системі соціального партнерства. В Україні з метою регулювання відносин соціального партнерства прийнято Закон «Про соціальний діалог», який регулює правові засади організації та порядку ведення соціального діалогу в Україні з метою вироблення та реалізації державної соціальної і економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин та забезпечення підвищення рівня і якості життя громадян, соціальної стабільності в суспільстві. Проект Трудового кодексу визначає профспілки стороною соціального діалогу на національному, галузевому та територіальному рівнях. На локальному рівні стороною соціального діалогу у відповідності із проектом Трудового кодексу сторону працівників, суб'єктами якої є первинні профспілкові організації, а в разі їх відсутності – вільно обрані для ведення колективних переговорів представники (представник) працівників; сторона роботодавця, суб'єктами якої є роботодавець та/або уповноважені представники роботодавця.

Як бачимо і на локальному рівні проект Трудового кодексу наділяє профспілки виключним правом представляти інтереси працівників.

Для участі у різних формах соціального партнерства, склад суб'єктів профспілкової сторони визначається за критеріями репрезентативності.

В частині регулювання колективних трудових відносин соціальні партнери проводять колективні переговори і укладають колективні договори і угоди, працівники беруть участь в управлінні підприємством, проводять взаємні консультації і переговори з питань регулювання колективних трудових відносин.

В частині захисту колективних трудових прав соціальні партнери здійснюють примирно-третейські процедури з метою вирішення колективних трудових спорів, реалізують право на страйк.

Сьогодні діючий механізм захисту трудових прав працівників через систему соціального діалогу потребує реформування, оскільки він не повною мірою відображає реальні суспільні відносини, а також не є ефективним.

У проекті Трудового кодексу необхідно передбачити відповідальність роботодавця за невиконання норм законодавства про соціальний діалог і про професійні спілки, а також дієві механізми контролю профспілок за дотриманням трудового законодавства. У даному випадку можна запропонувати застосування міжнародного досвіду матеріальної відповідальності роботодавця за ухи-

лення або відмову від участі в примирних процедурах, а також ігнорування прав профспілок у здійсненні контролю за дотриманням трудового законодавства.

У сучасних умовах виникає необхідність більш широкого залучення органів соціального партнерства у вирішенні трудових спорів. При цьому процедури примирення і посередництва повинні застосовуватися як при вирішенні колективних, так і індивідуальних трудових спорів.

Аналогічно і при захисті індивідуальних трудових прав недостатньо застосовуються процедури соціального партнерства. У першу чергу це стосується участі профспілок при вирішенні індивідуальних трудових спорів. У колективному договорі можна передбачати можливість або необхідність створення комісії з трудових спорів на підприємстві.

Ще однією формою захисту трудових прав працівників профспілками є здійснення представництва найманих працівників при вирішенні індивідуальних і колективних трудових спорів.

Колективні трудові права сторони соціального партнерства можуть реалізувати лише шляхом представництва. У проекті Трудового кодексу передбачено, що на територіальному, галузевому і національному рівнях стороною спору є працівники, суб'єктами яких є профспілки відповідного рівня та їх об'єднання. Тобто у даному випадку мова йде про представництво. Під представництвом у трудовому праві слід розуміти вчинення однією особою (представником) в межах її повноважень юридично значимих дій від імені і в інтересах іншої особи, яку представляють з метою реалізації соціально-трудових прав та інтересів суб'єктів трудових правовідносин.

В залежності від підстави виникнення можна виділити представництво добровільне, яке ґрунтується на договорі чи на акті органу юридичної особи і обов'язкове, яке ґрунтується на законі. Добровільне представництво при захисті трудових прав працівників має місце в індивідуальних трудових правовідносинах при зверненні до суду чи КТС, а також при безпосередніх переговорах працівника з роботодавцем. Наприклад у відповідності зі ст. 423. проекту Трудового кодексу працівник може звернутися до комісії з трудових спорів із заявою про розгляд індивідуального трудового спору, якщо відповідні розбіжності не були врегульовані в ході безпосередніх переговорів з роботодавцем протягом двох тижнів з дня звернення працівника. На жаль у проекті Трудового кодексу відсутня норма, яка б надавала право профспілковим представникам брати участь у засідання комісії по трудових спорах у якості представника працівника.

В колективних трудових правовідносинах добровільне представництво можливе при проведенні колективних переговорів, або при вирішенні колективних трудових спорів, коли за дорученням колективу найманих працівників їх інтереси представляє особа або відповідний орган.

Законне представництво у трудовому праві частіше застосовується у колективних трудових правовідносинах в силу прямої вказівки закону «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» та «Про організації роботодавців».

Отже, проект Трудового кодексу потребує доопрацювання в частині участі профспілок в захисті трудових прав та законних інтересів, зокрема, в частині їх ширшого залучення до процедур соціального партнерства, а також посилення матеріальної відповідальності за невиконання правових норм.

ЕКОЛОГІЧНА МЕРЕЖА ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

М. Ващишин
Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове регулювання відносин у сфері формування та функціонування національної екологічної мережі в Україні розпочалося з прийняття Закону України «Про загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000–2015 роки» від 21 вересня 2000 року відповідно до рекомендацій Всеєвропейської стратегії збереження біологічного та ландшафтного різноманіття (1995 р.) щодо питання формування Всеєвропейської екологічної мережі як єдиної просторової системи територій країн Європи з природним або частково зміненим станом ландшафту. Національна екомережа є *складовим елементом Всеєвропейської екологічної мережі,* а правове регулювання цього екологічного об'єкта має *похідний характер*, основні засади якого визначені Всеєвропейською стратегією збереження біологічного та ландшафтного різноманіття.

У Законі України «Про загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000–2015 роки» екологічна мережа визначена як єдина територіальна система, що включає ділянки природних ландшафтів, які підлягають особливій охороні, і території та об'єкти природно-заповідного фонду, курортно-оздоровчі, рекреаційні, водозахисні, полезахисні території та об'єкти інших типів, що визначаються законодавством України.

Ядро національної екологічної мережі становлять об'єкти та території природно-заповідного фонду, які мають найбільшу екологічну цінність для збереження біологічного та ландшафтного різноманіття та регулюються Законом України «Про природно-заповідний фонд України» від 16 червня 1992 року. *Природно-заповідний фонд України є* юридичною та матеріальною *основою національної екологічної мережі*.

Екологічна мережа має *комплексну і розгалужену структуру*. Формування екологічної мережі України передбачає створення просторово цілісного природного комплексу територій та об'єктів з особливим природоохоронним режимом, що забезпечує їх захист, збереження та відновлення. Законом України «Про екологічну мережу України» від 24 червня 2004 року передбачено, що об'єктом екомережі є окрема її складова частина, що має ознаки просторового об'єкта, тобто певну площу, визначені межі, екологічні характеристики тощо.

Всеєвропейською стратегією збереження біологічного та ландшафтного різноманіття передбачено розбудову Всеєвропейської екомережі як фізичної (на місцевості) мережі ключових територій (kore areas), з'єднаних природними кордонами (korridors) та підтримуваних буферними зонами (buffer zones). Відповідно до Загальнодержавної програми формування національної екологічної мережі України на 2000–2015 роки структурними елементами національної екологі-

© Ващишин М., 2014

чної мережі є: природні регіони, природні коридори та буферні зони. Законом України «Про екологічну мережу України» цей перелік був дещо видозмінений та доповнений. Він включає, зокрема, ключові території, буферні зони, сполучні території та відновлювані території.

Водночас в Україні особливій охороні підлягає ширший перелік територій та об'єктів, ніж у державах ЄС. Це, зокрема, стосується курортних та лікувально-оздоровчих, рекреаційних, водозахисних та полезахисних територій, відновлюваних територій (земель сільськогосподарського призначення екстенсивного використання та радіоактивно забруднених земель), положення про особливу охорону яких передбачені лише національним законодавством.

Формування екологічної мережі має *системний характер*. Для охорони, збереження та відновлення довкілля та його окремих особливо цінних компонентів (унікальних територій та природних об'єктів), генетичного фонду живої природи, ландшафтів та інших природних комплексів передбачено і здійснюється система організаційно-правових, управлінських, інституційних, технічних, інформаційних заходів, науково-дослідних, проектувальних, землевпорядних та інших робіт.

Екологічна мережа не є монолітним об'єктом, вона має цілісний, але разом з тим *інтегрований характер*. Адже слово «інтеграція» означає поєднання, взаємопроникнення; інтеграція є процесом об'єднання будь-яких елементів (частин) в одне ціле, процесом взаємозближення й утворення взаємозв'язків. І.І. Каракаш також вважає, що «екологічна мережа являє собою певний комплекс природних об'єктів та їх ресурсів, але інтегрованих на широкому видовому рівні та поширеній території країни». Екологічна мережа України *складається з неоднорідних структурних територіальних елементів та об'єктів* (внутрішня інтеграція) і є інтегрованою у Всеєвропейську екомережу (зовнішня інтеграція).

У п. 9 Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу передбачено, що результатом співробітництва України та ЄС у галузі охорони довкілля має стати створення безпечного і сприятливого для людини загальноєвропейського екологічного простору. Адже охорона довкілля є визнаним пріоритетом державної політики і предметом підвищеної уваги громадськості в європейських державах, одним з головних напрямів діяльності ЄС і актуальною проблемою для України, зумовленою не лише наслідками аварії на ЧАЕС, але й загальним станом довкілля в Україні.

Відповідно до Закону України «Про екологічну мережу України», екомережа – це єдина територіальна система, яка утворюється з метою поліпшення умов для формування та відновлення довкілля, підвищення природно-ресурсного потенціалу території України, збереження ландшафтного та біологічного різноманіття, місць оселення та зростання цінних видів тваринного і рослинного світу, генетичного фонду, шляхів міграції тварин через поєднання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також інших територій, які мають особливу цінність для охорони навколишнього природного середовища і відповідно до законів та міжнародних зобов'язань України підлягають особливій охороні.

Національна екологічна мережа є єдиною територіальною системою, *єдиним* об'єктом правового регулювання, другої, іншої екологічної мережі в Україні не існує. Функціональним призначенням національної екологічної мережі є *виконання природоохоронної (відновлення й збереження довкілля) та природноресурсної функцій*.

Екологічній мережі як об'єкту екологічного права притаманні певні загальні ознаки: 1) природне або природно-антропогенне походження; 2) відсутність вартості; 3) неможливість (або обмежена можливість) відновлення в натурі втрачених об'єктів; 4) екологічний взаємозв'язок з навколишнім природним середовищем; 5) особливий правовий режим використання містить значну кількість імперативних приписів. Водночас екологічна мережа є унікальним комплексним об'єктом, правове регулювання якого здійснюється на якісно вищому і ефективнішому рівні, що дозволяє враховувати взаємозв'язки між окремими його компонентами і забезпечити надійнішу їх охорону та збереження всього довкілля.

Екологічна мережа є *динамічним об'єктом правового регулювання зі стійкою тенденцією до зростання*. Загальнодержавною програмою формування національної екологічної мережі України на 2000–2015 роки передбачено розширити площі територій та об'єктів природно-заповідного фонду до 10,4% від загальної площі країни. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 08.02.2006 р. схвалено концепцію Загальнодержавної програми розвитку заповідної справи на період до 2020 року. Вона покликана завершити створення репрезентативної системи територій та об'єктів природно-заповідного фонду України, довівши їх площі до 15% загальної території держави та забезпечивши її всебічний розвиток. Саме правове регулювання формування екологічної мережі спрямоване на стимулювання постійного розширення її просторових меж.

Екологічна мережа є *міжгалузевим* об'єктом правового регулювання. Правове забезпечення цілісного формування та функціонування національної екологічної мережі здійснюється, в основному, за допомогою норм екологічного законодавства. Водночас структурна побудова екомережі визначається нормами земельного та містобудівного законодавства.

Правове регулювання відносин, об'єктом яких є екологічна мережа, *здійснюється на декількох рівнях:* міжнародному (глобальному), європейському (Всеєвропейська екологічна мережа), міждержавному (на рівні сусідніх держав), національному (законодавчому) і локальному (регіональному). Глобальний рівень правового регулювання формування національної екологічної мережі представлений програмними міжнародно-правовими документами, насамперед конвенціями про охорону біорізноманіття та окремих його природних компонентів.

Формування екомережі відбувається із дотриманням принципу забезпечення поєднання національної екомережі з екомережами суміжних країн, що входять до Всеєвропейської екологічної мережі, шляхом створення спільних транскордонних елементів екологічної мережі у межах природних регіонів та природних коридорів, узгодження проектів землеустрою на прикордонних ділянках. Проектування екомережі в Україні відбувається шляхом розроблення регіональних, місцевих та зведеної

схеми формування екомережі України, що є складовою Генеральної схеми планування територій України, затвердженої законом України від 7 лютого 2002 року.

Національна екологічна мережа України є складовою Всеєвропейської екомережі, міжгалузевим та інтегрованим об'єктом правового регулювання, яке здійснюється на міжнародному та національному рівнях, має динамічний, комплексний і системний характер, складається з територіальних структурних елементів, основними з яких є ключові території (природні регіони) в межах природно-заповідного фонду, а також буферні зони, сполучні території та відновлювані території і формується з метою захисту, збереження та відновлення біологічного та ландшафтного різноманіття, місць оселення та зростання цінних видів тваринного і рослинного світу, генетичного фонду, шляхів міграції тварин задля поліпшення умов для формування та відновлення довкілля і підвищення природно-ресурсного потенціалу території України.

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОПЛАТНІСТЬ СОЦІАЛЬНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ В УКРАЇНІ

О. Гірник

Львівський національний Університет імені Івана Франка

У літературі триває наукова дискусія щодо належності платного соціального обслуговування до сфери соціального забезпечення.

Одна група науковців (М.О. Буянова, В.П. Галаганов, О.Є. Мачульська, Ж.А. Горбачова, Б.І. Сташків) вважають, що соціальне обслуговування, як і інші види соціального забезпечення, надається на умовах соціальної аліментарності, тобто безплатно та безеквівалентно. Вчені переконують, що оплата громадянами за отримані послуги не може регулюватися нормами права соціального забезпечення. Вона є предметом цивільного права, навіть якщо такі послуги надаються особам, які потрапили у складну життєву ситуацію, і реалізуються органами соціального захисту.

Опонентами такого підходу є Л.І. Лазор, С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко, А.М. Лушніков, М.В. Лушнікова, Н.Н. Тарусіна, М.В. Філіппова, які вважають, що соціальне обслуговування може надаватися як на безоплатній, так і на платній основі. За словами А.М. Лушнікова, форма оплати не може визначати правову природу і цільове спрямування соціальної послуги як предмета соціальнозабезпечувальних правовідносин. М.В. Філіппова обґрунтовує необхідність належності до сфери соціального обслуговування платних соціальних послуг зростанням їх вартості, збільшенням кількості осіб, які відчувають потребу у відповідних соціальних послугах і наявністю різних матеріальних можливостей громадян щодо оплати таких послуг.

© Гірник О., 2014

Можливість отримання як безплатного, так і платного соціального обслуговування передбачена також у ч. 4 ст. 7 ЗУ «Про соціальні послуги». Водночас, відповідний нормативний акт визначив перелік осіб, обслуговування котрих має бути винятково безплатним. Це громадяни, які не здатні до самообслуговування у зв'язку з похилим віком, хворобою, інвалідністю і не мають рідних, які повинні забезпечити їм догляд і допомогу; громадяни, які перебувають у складних життєвих обставинах у зв'язку з безробіттям і зареєстровані в державній службі зайнятості як такі, що шукають роботу, бездомністю, стихійним лихом, катастрофами, які є біженцями внаслідок збройних та міжетнічних конфліктів, якщо середньомісячний дохід цих осіб нижчий, ніж встановлений прожитковий мінімум, а також діти та молодь, які знаходяться у складній життєвій ситуації через інвалідність, хворобу, сирітство, безпритульність, малозабезпеченість, конфлікти і жорстоке ставлення у сім'ї (ч. 3–4 ст. 7).

Ми також вважаємо, що є достатні підстави регламентувати платне соціальне обслуговування нормами права соціального забезпечення.

По-перше, можливість встановлення плати за соціальне обслуговування обмежена на законодавчому рівні. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних соціальних послуг» оплачувати соціальне обслуговування можуть особи, які мають: (1) рідних, які повинні забезпечити догляд і допомогу; (2) середньомісячний сукупний дохід вище встановленого прожиткового мінімуму; (3) можливість оплатити за отримані послуги. Крім цього, окремими нормативними актами визначаються ще й інші, додаткові умови плати за соціальне обслуговування. Наприклад, відповідно до ст. 22 ЗУ «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» проживання у соціальному готелі є платним, тому тут мають право проживати особи, які працюють або мають інше постійне легальне, недостатнє для оренди (наймання), купівлі житла, джерело доходу.

По-друге, розмір плати за соціальне обслуговування не може бути довільним. Фінансово-економічні розрахунки обчислення його вартості визначає Кабінет Міністрів України. Так, відповідно до Порядку регулювання тарифів на платні соціальні послуги тариф на соціальну послугу обчислюється лише з урахуванням її собівартості (прямі матеріальні витрати; загальновиробничі витрати; прямі витрати на оплату праці; інші прямі витрати), адміністративних витрат і податку на додану вартість.

Окремо Кабінет Міністрів України затвердив Порядок розрахунку плати за соціальне житло. Відповідна ціна залежить від плати за наймання соціального житла; балансової вартості житлового будинку; строку служби житлового будинку; загальної площі будинку житлового фонду соціального призначення; загальної площі приміщення, зайнятого наймачем та членами його сім'ї; коефіцієнта споживчої якості квартири (будинку). При цьому, величина плати за утримання будинків житлового фонду соціального призначення та прибудинкових територій не може бути вищою, ніж величина плати за утримання житлових будинків, які належать до житлового фонду населеного пункту, та прибудинкових територій, встановлена відповідно до законодавства.

По-третє, законодавством передбачено особливий спосіб оплати за соціальне обслуговування. Так, оплата соціального обслуговування в межах державних соціальних стандартів є диференційованою – установлюється в розмірі 12 відсотків середньомісячного сукупного доходу особи, яка потребує їх надання, за останні шість місяців. До того ж, розмір щомісячної диференційованої плати за надання соціальних послуг не може перевищувати вартості послуг, що надаються протягом місяця.

По-четверте, держава координує та контролює надання платного та безплатного соціального обслуговування різними суб'єктами. Про це свідчить положення ч. 2 ст. 46 Конституції України, де передбачено, що держава гарантує право на соціальне забезпечення загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел соціального забезпечення; створенням мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними. Нормативними актами про соціальне обслуговування передбачено також обов'язок закладів соціального обслуговування інформувати державу через органи державної влади чи органи місцевого самоврядування про свою діяльність. Наприклад, реабілітаційна установа, незалежно від форми власності, повідомляє місцевому органу праці та соціального захисту населення за місцем проживання інваліда або дитини-інваліда про початок курсу реабілітації таких осіб.

На законодавчому рівні також закріплено вимоги до якості та обсягів соціального обслуговування. Особливо контролюється якість протезно-ортопедичних виробів, ортопедичного взуття та допоміжних засобів для особистого догляду тощо. Регламентовано також тимчасові нормативи (норми) забезпечення неповнолітніх харчуванням, одягом, взуттям, предметами для навчання і дозвілля, комунально-побутовими послугами; стандарти надання соціальних послуг з догляду і підтримки для людей, які живуть з ВІЛ/СНІДом.

По-п'яте, кошти, отримані від платного соціального обслуговування мають цільовий характер використання. Наприклад, відповідно до Порядку надання інвалідам та дітям-інвалідам реабілітаційних послуг кошти за надані інваліду або дитині-інваліду послуги перераховуються (закладом, який надавав послуги відповідній категорії громадян) щомісяця до 15 числа, що настає за звітним періодом, на спеціально відкриті рахунки державних та комунальних реабілітаційних установ в органах Державного казначейства і використовуються такими установами для підвищення рівня обслуговування інвалідів та дітей-інвалідів. Кошти, отримані від надання автомобілів інвалідам, перераховуються до державного бюджету або управлінь виконавчої дирекції і повинні використовуватися на придбання автомобілів для інвалідів.

Отже, грошові засоби, якими громадяни оплачують соціальне обслуговування повинні використовуватися винятково для підвищення рівня соціального обслуговування.

По-шосте, порядок надання соціального обслуговування та режим діяльності суб'єктів, які таке обслуговування надають, не диференціюються залежно від того платить особа за надані їй блага чи отримує їх безкоштовно. Наприклад, на-

вчально-реабілітаційний центр надає соціальне обслуговування не лише безоплатно, а й за плату на договірній основі. Однак, незалежно від форми оплати, вимоги до цього закладу, порядок його діяльності, права та обов'язки суб'єктів соціального обслуговування тощо є однаковими і регламентуються Положенням про цей заклад. Це ж саме стосується порядку діяльності навчально-реабілітаційного центру, будинку нічного перебування, реабілітаційної установи змішаного типу для інвалідів та дітей-інвалідів з розумовою відсталістю, установи постійного або тимчасового перебування інвалідів з розумовою відсталістю. Типовими положеннями про ці заклади визначено єдині засади та умови діяльності, порядок розгляду заяв про надання соціального обслуговування, права та обов'язки суб'єктів, процедуру управління закладом та інші питання, незалежно від того, чи такий заклад заснований на державній, комунальній чи приватній власності.

До того ж, державні та недержавні юридичні особи можуть надавати соціальне обслуговування безоплатно чи платно, але в обох випадках забезпечення відповідними благами здійснюється на некомерційній основі, тобто без мети одержання прибутку.

По-сьоме, безоплатність соціального обслуговування не можна використовувати критерієм розмежування сфери дії норм права соціального забезпечення та цивільного права. Адже, Цивільним Кодексом України також передбачена можливість надання послуг як за плату, так і безоплатно. За договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Словосполучення «якщо інше не передбачено договором» свідчить про можливість укладення договорів про надання послуг безоплатно. Підтвердженням цього випадку є ст. 904, яка здійснює правову регламентацію договору про безоплатне надання послуг.

Тому, зважаючи на висловлені аргументи, вважаємо, що соціальне обслуговування, як різновид соціального забезпечення в Україні, може бути як безплатним, так і платним.

ПОНЯТТЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ЯК ГАЛУЗІ ПРАВА

Л. Мак

Львівський національний університет імені Івана Франка

Земельне право України як окрема галузь права формувалося на протязі багатьох років. У дорадянський період земля як об'єкт правового регулювання

© Мак Л., 2014

відносилася до речового права, а земельні відносини регулювались нормами цивільного (приватного) права, а щодо казенних земель також нормами публічного права.

Однак, з розвитком суспільства та переходом від однієї економічної форми до іншої, земля була вилучена з цивільного обігу. Будь-які правочини щодо відчуження земельних ділянок кваліфікувались як порушення законів про націоналізацію землі й тягли за собою притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності. Внаслідок цього, норми цивільного права перестали застосовуватися до регулювання земельних відносин. А сфера застосування адміністративних методів розподілу земельних ділянок та регулювання земельних відносин навпаки розширилася. У результаті таких змін у підходах до правового регулювання земельних відносин у радянській правовій системі України було сформовано земельне право як окрему галузь права, методи якої принципово відрізнялися від методів цивільного права.

Розвиток земельного права України, зміни в земельних та економічних відносинах, перехід України на засади ринкової економіки потребують нового визначення земельного права як галузі права якісно відмінного від того, що був характерний для радянської держави. Основними критеріями для виокремлення земельного права як самостійної галузі права є предмет правового регулювання (сукупність однорідних та взаємопов'язаних суспільних відносин, які регулюються земельним правом) та метод правового регулювання (сукупність спеціальних способів, засобів та прийомів, які є характерними лише для земельного права як самостійної галузі права).

Проте, не всі науковці погоджуються із загальноприйнятими критеріями для виокремлення земельного права як окремої галузі права. В.К. Гуревський додає ще інші критерії, зокрема: наявність відповідних принципів, спеціального законодавства й об'єктивної зацікавленості суспільства у виділенні відповідної галузі права як самостійної. Зазначені критерії є додатковими, головними все-таки залишаються предмет та метод правового регулювання.

А.М. Мірошниченко навпаки вважає, що недоцільно при виділенні земельного права як самостійної галузі права брати за основу метод правового регулювання, оскільки для земельного права є характерним своєрідне поєднання двох методів правового регулювання, а саме диспозитивного та імперативного. Тому, визначальним критерієм для виокремлення земельного права як окремої галузі права, на його думку, є наявність специфічного кола однорідних земельних суспільних відносин (предмету правового регулювання), що на спільних засадах врегульовані системою правових норм.

Не погоджується із висловленою думкою В.В. Носік, який стверджує про існування галузевих методів земельного права, зокрема: визначення цільового призначення земельної ділянки, зонінг, нормування, погодження, утримання від певних дій, відведення земельної ділянки в натурі, експертна та нормативна грошова оцінка земельних ділянок. Вважаю за доцільне також не погодитися із висловленою А.М. Мірошниченком точкою зору, оскільки наведене суперечить загальним вимогам щодо побудови системи права та галузей права зокрема. Ви-

користання лише предмету правового регулювання як критерію для виокремлення самостійної галузі права може призвести до ототожнення системи права із системою суспільних відносин, що є неприпустимим з точки зору теорії держави та права.

У загальній теорії держави та права галузь права розглядається крізь призму підсистеми норм права, що регулюють відносно самостійну сферу однорідних суспільних відносин специфічним методом. З наведеного визначення можна виокремити основні ознаки галузі права, а саме: 1) підсистема норм права; 2) відносно самостійна сфера однорідних суспільних відносин (предмет правового регулювання); 3) специфічний метод правового регулювання. С.С. Алексєєв додає до ознак галузі права також юридичний режим правового регулювання.

Земельне право як самостійна галузь права також визнається та визначається науковцями-теоретиками. Так, Л.А. Луць визначає земельне право як галузь права, беручи за основу предмет та метод правового регулювання, характерні для цієї галузі права. Земельне право – це підсистема норм права, що регулює правовий режим земель, порядок їх використання та охорони, землеустрою та земельного кадастру із диспозитивним та імперативним методами правового регулювання. Однак, дане визначення є дещо неповним, оскільки охоплює лише частину земельних відносин, які є предметом земельного права, не включаючи відносин власності на землю, управління земельним фондом, зокрема, моніторингу земель, планування використання земель, а також реєстрації речових прав на землю та низки інших.

Інші теоретики, М.С. Кельман та О.Г. Мурашин, зазначають, що земельне право врегульовує відносини, які складаються в процесі використання землі. Запропоноване визначення є досить узагальненим та не враховує усю сукупність суспільних відносин, які є предметом земельного права.

Загалом, у літературі із земельного права немає єдиного підходу до визначення земельного права України як галузі права. Кожен науковець має власне бачення та розуміння земельного права як галузі права. Так, В.І. Семчик та П.Ф. Кулинич земельне право розглядають як сукупність земельно-правових норм, спрямованих на регулювання земельних відносин щодо права власності на землю, використання земельних ділянок за цільовим призначенням з додержанням екологічних правил, встановлення правового режиму земельних ділянок з врахуванням категорії земель, до якої вони відносяться, створення умов для раціонального використання землі, збереження її природних властивостей, захисту земельних прав громадян, юридичних осіб, держави та Українського народу. У даному визначенні конкретизується, які саме земельні відносини становлять предмет земельного права, але перелік цих відносин не є вичерпним. Земельне право, насправді, регулює набагато ширше коло земельних відносин ніж ті, що вказані у даному визначенні.

У свої наукових роботах М.В. Шульга трактує земельне право як систематизовану сукупність прийнятих або санкціонованих державою правових норм, призначених для регулювання суспільних земельних відносин з метою забезпечення раціонального використання, відтворення та ефективної охорони

земельних ресурсів, захисту прав та інтересів громадян, юридичних осіб, територіальних громад і держави на землю, дотримання встановленого правопорядку в земельних відносинах і на цих засадах формування та утвердження сталого земельного ладу в країні. Дане визначення є більш адаптованим до сучасних умов суспільного життя, оскільки у ньому звертається особлива увага на формування земельного ладу в країні, який повинен включати формування належного державного земельного кадастру України, забезпечення сталого функціонування державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обмежень, створення найбільш сприятливого для суспільства землеустрою та забезпечення формування і розвитку ринку землі.

А.М. Мірошниченко у свою чергу під земельним правом розуміє систему правових норм, що регулюють відносини, пов'язані із використанням, охороною та відтворенням землі як частини земної поверхні із простором над та під нею, необхідним для її цільового використання (у тому числі будівництва), включаючи розташований у межах цього простору ґрунтовний покрив. У наведеному визначенні звертається особлива увага на землю як особливий об'єкт правового регулювання та правові заходи, спрямовані на збереження її родючості, забезпечення її раціонального використання та постійної охорони землі як національного блага.

Підсумовуючи вищенаведене, можна дійти висновку, що відсутність єдності у розумінні земельного права зумовлена, перш за все, соціальними та економічними факторами розвитку суспільства. Ця неоднозначність у визначенні земельного права як галузі права відобразилась як на структурі Земельного кодексу України, так і на побудові системи земельного права загалом.

У науці досі панує дискусія щодо необхідності виокремлення земельного права як самостійної галузі права. Так, В.А. Дозорцев зазначає, що в сучасних умовах земельні відносини розпалися на регульовані цивільним і адміністративним правом, тому підстав для визнання земельного права як самостійної галузі права немає. Вважаю за необхідне заперечити наведене твердження, оскільки земельне право, насправді, має усі об'єктивні підстави для виокремлення його як самостійної галузі права. Це підтверджується наявністю сукупності однорідних земельних відносин, специфічних галузевих методів правового регулювання (зонінгу, нормування та інших), кодифікованого нормативно-правового акту Земельного кодексу України та законодавчо закріплених у ст. 5 ЗК України принципів земельного права.

Отже, з урахуванням положень загальної теорії держави та права та земельного права, варто запропонувати наступне визначення земельного права як самостійної галузі права, – це підсистема норм права, які регулюють однорідну сукупність суспільних земельних відносин з метою забезпечення прав на землю громадян, юридичних осіб, територіальних громад та держави, раціонального використання, охорони земель та управління земельним фондом шляхом застосування загальних (диспозитивного та імперативного) та спеціальних земельно-правових методів правового регулювання.

ПРОЦЕДУРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ: ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ

Н. Низкогуз

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право особи на забезпечення пенсіями у старості є конституційним. Гарантоване Конституцією України право на матеріальне забезпечення у старості та кореспондуючий йому обов'язок органу пенсійного забезпечення розглянути заяву із доданими до неї документами та прийняти відповідне рішення, а в подальшому нараховувати пенсію відповідно до цього рішення, – визначають зміст процедурних правовідносин пенсійного забезпечення за віком.

В основі процедурних правовідносин лежить поняття «процедура». Зауважимо, що в науковій літературі поняття «процедура» визначається неоднозначно – синонімічно до поняття «процес» або як різновид процесу. Побутує підхід щодо широкого розуміння юридичної процедури, виокремлюючи при цьому регулятивну процедуру як послідовність дій, спрямованих на регулювання суспільних відносин шляхом надання їх учасникам прав та обов'язків (службова діяльність), а також охоронну процедуру, що забезпечує захист прав учасників у разі їх оспорювання чи порушення та застосування заходів юридичної відповідальності (юрисдикційна діяльність, тобто юридичний процес).

Співвідношення понять «процедура» і «процес» може різнитись також, враховуючи вид правової системи. Так, у країнах загального права процедурне право включає в себе правила, призначені для забезпечення фундаментального правосуддя, за якими суд здійснює розгляд цивільної, кримінальної чи адміністративної справи (натомість, у країнах з романо-германською системою права зазначені правила прописані у процесуальних нормах).

Не вдаючись до з'ясування правової природи понять «процедура» та «процес», лише резюмуємо, що розмежовуємо юридичну процедуру і процес, враховуючи ознаки, що характеризують вказані терміни, а саме: по-перше, суб'єктний склад (як тільки вирішення спору здійснюється судовому порядку, то має місце процес, а, отже, відносини процесуальні, а не процедурні); по-друге, процесу притаманна чітко визначена послідовність, поетапність дій, суворе дотримання яких від початку до завершення ведуть до досягнення відповідного результату. Процедура ж становить певний порядок, метод вирішення спору.

Отож, повертаючись до характеристики процедурних правовідносин пенсійного забезпечення за віком, виділимо такі ознаки останніх:

– є самостійним різновидом правовідносин у сфері пенсійного забезпечення за віком. Зазначимо, ми не підтримуємо думку про вторинність проце-

© Низкогуз Н., 2014

дурних відносин відносно матеріальних, їх похідний, підпорядкований характер та обслуговуючу роль. Це пояснюється тим, що у разі прийняття органом пенсійного забезпечення негативного рішення про призначення пенсії у зв'язку з відсутністю в особи підстав для отримання конкретного виду пенсії за віком, матеріальні правовідносини, на відміну від процедурних, не виникли. Отож, процедурні правовідносини можуть передувати виникненню матеріальних правовідносин пенсійного забезпечення за віком або й перешкоджати їх виникненню;

– стосуються реалізації права фізичних осіб на пенсію за віком;

– виникають на підставі юридичного факту-дії – у результаті добровільного волевиявлення (у формі заяви) особи, яка претендує на пенсію за віком на загальних чи пільгових умовах. На момент подачі заяви особа-заявник повинна мати суб'єктивне право на отримання пенсії за віком. Тому законодавець зобов'язує разом із заявою подавати необхідні документи, що підтверджують відповідне право. На підставі звернення особи із заявою та документами, що необхідні для призначення пенсії за віком, виникають процедурні правовідносини по встановленню юридичних фактів (соціального ризику), що обумовлюють виникнення права на пенсію за віком. Зазначені правовідносини регулюються Порядком подання та оформлення документів для призначення (перерахунку) пенсій відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», що визначає питання щодо звернення за призначенням чи перерахунком пенсій окремо непрацюючим та працюючим громадянам (хоча пенсії за віком призначаються незалежно від того, припинена робота на час звернення за пенсією чи продовжується). Звернення за призначенням пенсії може здійснюватися в будь-який час після виникнення права на пенсію, але не раніше, ніж за місяць до досягнення пенсійного віку;

– об'єктом розглядуваних правових відносин є результат діяльності відповідного органу пенсійного забезпечення, що фіксується у рішенні про призначення пенсії за віком або про відмову у такому призначенні;

– опосередковують правозастосовчу діяльність. Зазначимо, що належність процедурних правовідносин до сфери правозастосовчої діяльності не є безспірною в науковій літературі. Зокрема, вказується на оперативно-організаційний характер діяльності органів по призначенню пенсій і встановленню юридичних фактів, рішення яких є правовиконавчими (праворозпорядчими) актами, тобто пов'язані з виконанням права, а не з його застосуванням. На наш погляд, процедурні правовідносини пенсійного забезпечення за віком є правозастосовчими, адже пов'язані з правовою оцінкою фактів, що мають юридичне значення, прийняттям індивідуального правозастосовчого акта – рішення, а також через владний характер повноважень органу пенсійного забезпечення – Пенсійного фонду.

Для з'ясування характерних особливостей процедурних правовідносин їх прийнято поділяти на окремі види. Серед процедурних правовідносин пенсійного забезпечення за віком можна виділити правовідносини, що передують

матеріальним правовідносинам (зокрема, правовідносини, пов'язані з поданням особою, яка набула право на пенсію за віком, заяви та необхідних документів про призначення пенсії до відповідного територіального органу Пенсійного фонду); правовідносини, що супроводжують матеріальні правовідносини (наприклад, ті, що пов'язані з індексацією та перерахунком пенсії); правовідносини, що припиняють матеріальні правовідносини (викликані фактом смерті пенсіонера; у разі закінчення терміну дії договору про добровільну участь тощо).

За строком дії процедурні правовідносини пенсійного забезпечення за віком можуть бути такими, що припиняються з одноразовим виконанням обов'язків (процедурні правовідносини щодо надання спеціального статусу (статусу ветерана війни, ветерана праці, статусу особи, постраждалої внаслідок Чорнобильської катастрофи); правовідносинами з абсолютно встановленим строком існування у часі (процедурні правовідносини пенсійного забезпечення за віком пов'язані із розглядом заяви про призначення пенсії за віком і прийняттям рішення про призначення пенсії за віком або про відмову у такому призначенні); процедурними правовідносинами з відносно невизначеним строком існування у часі (зокрема, ті, що пов'язані із виплатою пенсії за віком).

Залежно від цільового призначення пропонуємо виділяти: 1) процедурні правовідносини по встановленню юридичних фактів (соціального ризику), що обумовлюють виникнення права на пенсію за віком – досягнення загального чи спеціального пенсійного віку та наявність страхового стажу, що дають право на призначення пенсії за віком; 2) процедурні правовідносини щодо надання спеціального статусу (статусу ветерана війни, ветерана праці, статусу особи, постраждалої внаслідок Чорнобильської катастрофи тощо). Для вказаної категорії осіб фактом, який має правове значення для призначення пенсійного забезпечення та потребує встановлення, є наявність відповідного статусу; 3) процедурні правовідносини по призначенню пенсії за віком (зокрема, написання особою заяви про призначення пенсії за віком; прийняття рішення відповідним територіальним органом Пенсійного фонду про призначення конкретній особі пенсії за віком); 3) правовідносини по обчисленню та виплаті пенсій за віком (зарахування до страхового стажу відповідних періодів; індексація та перерахунок пенсій у зв'язку із збільшенням середньої заробітної плати працівників, зайнятих у галузях економіки України, прожиткового мінімуму та страхового стажу; виплата пенсії через державні підприємства зв'язку чи банки тощо).

З'ясувавши характерні ознаки процедурних правовідносин пенсійного забезпечення за віком та їх різновиди, можна сформулювати наступне визначення: це самостійний вид правових відносин пенсійного забезпечення за віком, які передують або супроводжують відповідні матеріальні правовідносини, виникають в результаті встановлення юридичних фактів, шляхом винесення рішення органом пенсійного забезпечення, з метою сприяння реалізації конституційного права фізичних осіб на пенсію у старості.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ НАДОМНИХ ПРАЦІВНИКІВ

Т. Парпан

Львівський національний університет імені Івана Франка

Надомна робота завжди не вписувалася в традиційні рамки трудових правовідносин, разом з тим отримала відповідну правову регламентацію. На надомників розповсюджується трудове законодавство з урахуванням особливостей, встановлених Положенням про умови праці надомників, затвердженим постановою Держкомпраці СРСР і Секретаріату ВЦРПС від 29 вересня 1981 р.

Надомником вважається особа, що уклала трудовий договір з роботодавцем про виконання роботи вдома особистою працею з матеріалів і з використанням знарядь і засобів праці, що виділяються роботодавцем, або за рахунок коштів роботодавця.

Звернемо увагу, що поняття надомної праці в Конвенції МОП №177 «Про надомну працю» 1996 р. сформульовано дещо інакше ніж у вітчизняному законодавстві. Так, у відповідності із ст. 1 зазначеної Конвенції «надомна праця» – це робота, яку особа, яка називається надомником, виконує за місцем проживання чи в інших приміщеннях за її вибором, але не у виробничих приміщеннях роботодавця, за винагороду, з метою виробництва товарів та послуг, відповідно до вказівок роботодавця, незалежно від того, хто надає устаткування, матеріали чи інші ресурси, що використовуються, якщо тільки ця особа не має такого ступеня автономії та економічної незалежності, яка необхідна для того, щоб вважатися незалежним працівником у відповідності з національним законодавством чи судовим рішенням.

Як бачимо, ця дефініція за змістом ширша ніж та, яка передбачена чинним законодавством України. І хоча зазначена конвенція не ратифікована Україною, проте зважаючи на тенденції, які мають місце у формуванні сучасного світового ринку праці, а саме, його флексибілізація (від англ. *flexibility* – гнучкість), інновація (форма соціальної поведінки, в якій особа реалізує свою здатність і спрямованість на зміни, пошук нового способу буття), поряд із розвитком інформаційних технологій, могла б стати в нагоді вітчизняному законодавцеві у процесі удосконалення трудового законодавства, у тому числі щодо праці вдома.

Праця типового працівника-надомника, завжди слугувала підвищенню соціального рівня в суспільстві, надаючи можливість найбільш уразливим верствам населення, зокрема, пенсіонерам, особам зі зниженою працездатністю, таким, що виконують фізичну, головним чином, ручну і низькокваліфіковану працю у сфері виробництва, відчувати себе корисними для суспільства.

Нині, окрім традиційної надомної праці виникла і усе більшої популярності набуває «нова» надомна праця, учасники якої як правило, є висококваліфіковані фахівці, які користуються новими телекомунікаційними можливостями

© Парпан Т., 2014

(факс, комп'ютер з – виходом в мережу Інтернет, електронна пошта і ін.), що забезпечує можливість спілкування з керівництвом та колегами в режимі реального часу. Така праця отримала назву – дистанційна зайнятість, чи телепраці (від грецького tele – далеко).

Порівнюючи надомну працю, яка врегульована нормами чинного трудового законодавства України, та телепрацю, можна відмітити таку спільну рису як те, що вона виконується не на території підприємства, установи, організації, офіса роботодавця, а, як правило, вдома у працівника. Поряд з цим, виконання дистанційної роботи (телепраці) допускається і поза місцем знаходження роботодавця без прив'язки саме до житла працівника. Її виконання допускається як в одному, так і в декількох місцях, розташованих поза офісом роботодавця.

Телепраця отримала значне поширення і стала одним з найбільш яскравих прикладів сучасного способу організації праці. Саме тому на рівні Євросоюзу питанням регулювання телепраці було приділено особливу увагу. У 2001 р. Єврокомісією було ініційовано проведення переговорів між Європейською конфедерацією профспілок, Об'єднаною конфедерацією працедавців Європи, Європейською асоціацією малого і середнього бізнесу, а також Європейським об'єднанням підприємств з питань, пов'язаних з використанням праці телепрацівників. Результатом переговорів стало підписання сторонами рамкової угоди про телепрацю від 23 травня 2002 р.

У Рамковій угоді поняття «телепраця» визначається доволі широко. Вона розглядається як такий спосіб організації праці, при якій значну частину робочого часу працівник працює поза виробничими приміщеннями роботодавця. Робота виконується з використанням сучасних засобів зв'язку, у тому числі за допомогою передачі інформації через Інтернет.

Рамкова угода охоплює різні форми телепраці (телепраця вдома, альтернативна (змішана) телепраця, мобільна телепраця, робота у віддалених телецентрах), але присвячена лише легальній телепраці, яка здійснюється на основі трудового договору і будується на основі принципу визнання рівності прав між телепрацівниками і працівниками, зайнятими у виробничих приміщеннях роботодавця. Загалом же, відносини у сфері дистанційної зайнятості можуть виникати не лише на підставі трудового договору, а й на підставі інших різновидів договорів: цивільно-правового договору або так званої «віртуальної угоди».

Розподіл і облік робочого часу, часу відпочинку, норм праці, нетрадиційний характер зв'язку і спілкування в процесі роботи телепрацівника мають значну специфіку. Так, наприклад, в процесі праці працівнику не потрібно постійний контакт з роботодавцем. У порівнянні з іншими працівниками, які працюють безпосередньо в місці знаходження роботодавця, телепрацівники менше піддаються контролю з боку керівника, що, проте, не призводить до повного зникнення директивної влади роботодавця.

Поряд з цим, між працівником і роботодавцем повинні існувати канали зв'язку. У більшості випадків, надійність каналів зв'язку, їх пропускна здатність, оперативність доступу до них та інше, лягають на плечі самих телепрацівників. При цьому, з роботодавця не знімається головний обов'язок – забезпечення належних, безпечних умов праці.

У відповідності із ст. 8 Рамкової угоди саме роботодавець несе відповідальність за забезпечення здорових і безпечних умов праці для цієї категорії працівників. При укладенні трудового договору він повинен інформувати телепрацівника про умови і охорону праці на робочих місцях, і особливо про вимоги, що пред'являються до використання комп'ютера на робочому місці. Працівник повинен чітко дотримуватися і виконувати ці вимоги. Нарешті, угода встановлює право роботодавця, представників працівників, а також контрольних і наглядових органів на інспекцію вже створеного робочого місця працівника з метою перевірки дотримання вимог безпеки і охорони праці. При цьому, інспектування робочого місця телепрацівника, якщо вона знаходиться безпосередньо удома, допускається лише після попереднього повідомлення і отримання на те згоди працівника.

Звернемо увагу, що положення, спрямовані на забезпечення здорових і безпечних умов праці, у деяких країнах містяться не в законодавстві, а в колективних договорах і угодах (наприклад, в Люксембурзі).

Щодо оплати праці телепрацівників, то вона може здійснюватися у різний спосіб: шляхом поштового переказу грошових коштів або ж відкриттям рахунку для такого працівника. На сьогодні, такі способи виплати заробітної плати стали традиційними і для вітчизняного найманого працівника.

В цілому, зважаючи на викладене, можна виділити дві основні ознаки телепраці:

1) вона виконується поза місцем знаходження роботодавця;

2) спосіб виконання – за допомогою сучасних засобів і видів телекомунікації.

Як правило, названі ознаки присутні у дефініціях телепраці в зарубіжних країнах, а у ряді випадків доповнюються кількісними показниками робочого часу.

Підсумовуючи відзначимо, що в Україні впродовж останніх декількох років трудові договори з телепрацівниками укладаються все частіше. Очевидним є те, що застосування телепраці веде до зменшення витрат і як наслідок збільшення конкурентоспроможності. Проте нормативно-правової бази, яка б регламентувала особливості цієї праці не створено, що не сприяє стабільності трудових правовідносин і призводить до погіршення правового становища найманого працівника.

Немає сумніву, що відносини щодо здійснення трудової функції працівником поза місцем знаходження роботодавця, поза рамками колективу працівників, встановлення мобільного робочого місця (дистанційна праця) і здійснення трудової діяльності в індивідуальному порядку, потребують регулювання саме нормами трудового права.

Тому, з метою усунення прогалин в правовому регулюванні відносин реалізації громадянами права на працю шляхом укладення трудового договору про телепрацю (дистанційну працю), необхідно вивчити досвід зарубіжних країн з цього питання і внести відповідні корективи в чинне трудове законодавство.

ЩОДО ПРИВЕДЕННЯ У ВІДПОВІДНІСТЬ ДО ВИМОГ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАЙНЯТІСТЬ НАСЕЛЕННЯ

П. Пилипенко

Львівський національний університет імені Івана Франка

Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами-учасницями, що так і не була підписана на Вільнюському саміті, поставила тим не менше перед державою цілий ряд завдань, які потрібно буде виконати у найближчі п'ять-сім років, аби привести своє законодавство у відповідність з вимогами європейської спільноти. Чимало цих вимог стосуються також законодавства, що забезпечує правове регулювання відносин у сфері зайнятості населення. Варто відзначити, що відповідні міжнародні інституції і Європейський Союз, у тому числі, уже переорієнтувалися на широке трактування проблеми зайнятості, як необхідності максимального залучення до праці осіб, що здатні і бажають працювати, використовуючи при цьому будь-які законні форми реалізації права на працю. Ухвалюючи, зокрема у травні 1996 року Європейську соціальну хартію (переглянуту), сторони задля гарантування цього права зобов'язалися визнати одних зі своїх найголовніших обов'язків досягнення та підтримання якомога вищого і стабільного рівня зайнятості, маючи на меті досягнення повної зайнятості.

Тобто, для світового співтовариства проблема соціальної стабільності – це передусім проблема зайнятості. Як і в який законний спосіб здійснюватиметься реалізація права людини на працю не є важливим. Головне, щоб переважна більшість працездатного населення була працевлаштованою і мала можливість отримання доходу, який дозволяв би забезпечити належний рівень життя кожному учаснику суспільної організації праці.

В ухваленій у березні 2010 року новій європейській стратегії економічного розвитку на найближчі десять років – «Європа 2020: стратегія розумного, стійкого та всебічного зростання» Європейська Комісія серед основних напрямків діяльності, що ними повинні керуватися європейські держави поставила одним з таких вирішення проблеми зайнятості. Принаймні станом на 2020 рік Європейська спільнота ставить за мету досягти працевлаштування 75% населення віком від 20 до 64 років.

Стратегією «Європа 2020» передбачено також, що одним із пріоритетних напрямів діяльності Європейського Союзу має стати створення необхідних умов для вдосконалення ринку праці і збільшення зайнятості населення. Надаючи європейцям можливості для здобуття нових знань та навичок ЄС націлює майбутню робочу силу на адаптацію до зміни умов па ринку праці, що зрештою повинне призвести до зменшення безробіття та зростання продуктивної діяльності працівників.

© Пилипенко П., 2014

Для цього пропонується створити й адаптувати європейське законодавство, яке б могло відповідати засадам розумного регулювання, включаючи інструменти трудового законодавства (робочий час, час відпочинку, призначення на посаду, доведення інформації до працівників), а також нові ризики завдання шкоди здоров'ю і отримання травм на роботі.

Що стосується тих вимог, які ставляться перед нашою державою відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами-членами у сфері зайнятості то передбачено зокрема орієнтуватися у цьому напрямку на багатосторонні трудові стандарти та угоди. Для цього сторони визнають повну та ефективну зайнятість та гідну працю для всіх як ключові елементи для торгівлі в контексті глобалізації. Сторони повторно підтверджують свої зобов'язання щодо сприяння розвитку торгівлі шляхом, що приводить до повної та ефективної зайнятості та гідної праці для всіх, зокрема чоловіків, жінок та молоді.

Передбачається, що сторони забезпечують та реалізовують в своїх законодавчих актах та на практиці основні міжнародно-визнані трудові стандарти, а саме: свободу об'єднань та ефективне визнання права на колективні переговори; усунення всіх форм примусової чи обов'язкової праці; фактичне викоренення дитячої праці; усунення дискримінації стосовно зайнятості та професій.

Підтверджується зобов'язання сторін щодо ефективного виконання фундаментальних та і ратифікованих Конвенцій МОП, а також Декларацій цієї міжнародної організації стосовно основних принципів та прав у галузі праці 1998 року. Сторони також розглядають питання про ратифікацію та імплементацію інших конвенцій МОП, які класифікуються як такі, що відповідають сучасним вимогам.

У разі, якщо Україна стане асоційованим членом Європейського Союзу, вона повинна дотримуватись встановлених у рамках цієї спільноти принципів щодо мобільності робочої сили. Для цього передбачається, що відповідно до законів, умов та процедур, що застосовуються у державі-члені та в ЄС, ставлення до працівників, які є громадянами України та які законно працевлаштовані на території держави-члена, має бути вільним від будь-якої дискримінації на підставі громадянства, стосовно умов праці, винагороди або звільнення, порівняно з громадянами цієї держави-члена.

Україна відповідно до законів, умов та процедур, що застосовуються на її території, повинна забезпечити відповідне ставлення, до працівників, які є громадянами держави-члена та на законних підставах працевлаштовані на її території.

Беручи до уваги ситуацію на ринку праці держав-членів згідно із їх законодавством та відповідно до норм, чинних у державах-членах та в ЄС, у сфері мобільності працівників існуючі можливості доступу до зайнятості для українських працівників, надані державами-членами згідно із двосторонніми договорами, мають бути збережені та, уразі можливості, покращені.

Рада Асоціації зобов'язується розглянути також можливість надання інших більш сприятливих положень у додаткових сферах, зокрема можливості

доступу до професійного навчання, згідно із законами, умовами та процедурами, чинними у державах-членах та в ЄС.

Не зважаючи на те, що Україна є учасником багатьох міжнародних договорів, що спрямовані на забезпечення відносин зайнятості, у тому числі й ратифікувала Європейську соціальну хартію (переглянуту) та привела у відповідність національне трудове законодавство до вимог переважної більшості актів МОП існує все ж потреба наблизити своє законодавство про зайнятість до законодавства Європейського Союзу. Після підписання Угоди про асоціацію встановлюються відповідні терміни щодо кожного з актів для приведення у відповідність з ними трудового законодавства України та законодавства про зайнятість. Переважно йдеться про 3–4 роки, впродовж яких мають бути завершені більшість робіт у цьому напрямку. Для прикладу у вказані терміни необхідно втілити у вітчизняне законодавство такі Директиви Ради: №91/533/ЄС від 14.10.1991 про обов'язок роботодавця інформувати про умови, що застосовуються до контракту чи трудової угоди; №97/81/ЄС від 15.12.1997 про рамкову угоду про неповну зайнятість №91/383/ЄЕС від 25.06.1991 про доповнення заходів із заохоченням покращення безпеки та здоров'я на роботі працівників з фіксованим терміном працевлаштування або тимчасовим працевлаштуванням; №98/59/ЄС від 20.07.1998 про наближення законодавства держав-членів щодо колективного звільнення; №2000/43/ЄС від 29.06.2000 про реалізацію принципу рівного ставлення незалежно від расового чи етнічного походження; №2004/113/ЄС від 13.12.2004 про реалізацію принципів рівного ставлення до чоловіків та жінок у питаннях доступу та постачання товарів та послуг; №89/391/ЄЕС від 12.06.1989 про встановлення заходів із заохочення поліпшення охорони здоров'я та безпеки праці працівників.

Існують також певні акти Європейського Союзу адаптація до яких розрахована на тривалу перспективу, аж до 7–10 років. Це стосується, зокрема таких Директив як: Директива Ради №89/656/ЄЕС від 301.11.1989 про мінімальні вимоги безпеки і охорони здоров'я при використанні працівниками засобів індивідуального захисту на робочому місці Директива Ради №2003/18/ЄС, Європейського Парламенту та Ради від 27.03.2003, що вносить зміни та доповнення до директиви Ради № 83/477/ЄЕС про захист працівників від ризиків, пов'язаних із впливом азбесту на роботі; Директива Ради №2000/54/ЄС Європейського парламенту та Ради від 18.09.200 про захист працівників від ризиків, пов'язаних зі впливом біологічних речовин на роботі Директива Ради №98/24/ЄС від 7.04.1998 про захист здоров'я і безпеку працівників від ризиків пов'язаних з хімічними речовинами на роботі; Директива Ради №90/269/ЄЕС від 29.05.1990 про мінімальні вимоги здоров'я і безпеки до ручної обробки вантажів, коли і снує ризик, зокрема травми хребта працівників та деякі інші.

Маємо надію, що Угода про асоціацію з Європейським Союзом все ж буде підписана найближчим часом і вимоги про приведення національного законодавства до міжнародних стандартів у сфері зайнятості населення успішно реалізовуватимуться у правотворчій діяльності законодавчого органу нашої держави, а їхнє втілення у систему правового регулювання значною мірою посилить гарантії реалізації права на працю громадян України.

ПОНЯТТЯ ТА СКЛАД ЗБИТКІВ, ЩО ВІДШКОДОВУЮТЬСЯ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ

Ю. Рушинець

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проведення земельної реформи в Україні зумовило демократизацію обігу земельних ділянок та започаткувало сталий розвиток приватно-правових інститутів в галузі земельного права. Одним з проявів цих змін є закріплення у чинному ЗК України відшкодування збитків у переліку способів захисту прав на земельні ділянки (ст. 152).Розробка ефективного механізму його функціонування потребує з'ясування особливостей поняття та складу збитків у сфері земельно-правових відносин. Адже від належного встановлення дефініцій цих термінів залежить у кожному окремому випадку правильне визначення розміру збитків.

Чинний ЦК України визначає поняття збитків через відображення їх структури, яка є основою для окреслення елементів збитків в інших галузях права. Відповідно до ст. 22 ЦК України збитки включають реальні збитки та упущену вигоду.

Застосування норм ЦК України щодо визначення складу збитків, як і в інших випадках врегулювання земельних відносин, має лише додатковий (субсидіарний) характер. Земельне законодавство не встановлює подібного поділу збитків. Порядком визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, закріпленим Постановою Кабінету Міністрів України № 284 від 19.04.1993р. (надалі – Постанова), передбачено лише приблизний та невичерпний перелік елементів складу збитків, а саме: вартість житлових будинків, виробничих та інших будівель і споруд, включаючи незавершене будівництво;вартість плодово-ягідних та інших багаторічних насаджень;вартість лісових і деревно-чагарникових насаджень;вартість водних джерел (колодязів, ставків, водоймищ, свердловин тощо), зрошувальних і осушувальних систем, протиерозійних і протиселевих споруд;понесені витрати на поліпшення якості земель за період використання земельних ділянок з урахуванням економічних показників, на незавершене сільськогосподарське виробництво (оранка, внесення добрив, посів, інші види робіт), на розвідувальні та проектні роботи;інші збитки власників землі і землекористувачів, у тому числі орендарів, включаючи і неодержані доходи, якщо вони обґрунтовані.

Всі названі елементи збитків, крім «неодержаних доходів» можна віднести до реальних збитків, беручи за основу загальну структуру, наведену у ЦК України. Однак у цьому законодавчому визначенні складу збитків не знайшов свого відображення такий елемент як витрати, які особа мусить зробити для відновлення свого порушеного права. Жодних елементів збитків, які підпадали б під цивільно-правову дефініцію цих витрат у Постанові не передбачено. ЦК України від-

© Рушинець Ю., 2014

носить витрати, які особа повинна зробити для відновлення свого порушеного права, до реальних збитків. Натомість, у Постанові законодавець вказує лише на можливість існування «інших збитків», що повинні бути відшкодовані.

До складу «інших збитків власників землі і землекористувачів» також можуть входити вартість виготовлення документації із землеустрою, розроблення якої необхідне для отримання у власність земельної ділянки; витрати, пов'язані з державною реєстрацією прав на земельну ділянку в разі її вилучення (викупу), а також з інших підстав; вартість робіт з оцінки земельних ділянок; вартість з надання послуг рецензування або проведення державної експертизи звітів з експертної грошової оцінки; витрати на відновлення попереднього природного стану земельних ділянок**;** розмір державного мита при оформленні договору міни, купівлі – продажу в разі відчуження земельної ділянки для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності тощо.

Як зазначає Х.А. Джавадов, збитки, необхідні для відновлення погіршеної якості земель, включають витрати на проведення ґрунтових, агрохімічних та інших спеціальних обстежень, досліджень, а також заходів, які забезпечують відновлення якості земель, і встановлюються проектною документацією. Обмеження прав власників землі, якими було завдано збитки, включають витрати на виконання будівельних, меліоративних та інших робіт, придбання матеріалів і обладнання, потрібних для відновлення скороченого обсягу виробництва. Перелічені види можливих витрат безперечно входять до складу реальних збитків.

Цивільно-правова категорія «упущеної вигоди» у згадані Постанові визначається як «неодержані доходи». При дослідженні співвідношення термінів «упущена вигода» і «неодержані доходи» варто сказати, що перший з них за своїм лексичним значенням є ширшим, ніж другий. Зокрема, слово «вигода» в українській мові тлумачать як те, що дає добрі наслідки у чому-небудь, якийсь зиск і т. ін., тобто – це певні переваги, в тому числі грошові, а «дохід» – гроші або матеріальні цінності, одержані державою, юридичною та фізичною особою внаслідок якої-небудь діяльності (виробничої, комерційної, посередницької і т. ін.). Упущена вигода охоплює не тільки гроші чи матеріальні цінності, одержані від діяльності (неодержані доходи), але й будь-які переваги та корисні результати, які особа могла б одержати або здобути. Однак, у юридичній літературі поняття «упущеної вигоди» та «неодержаних доходів» здебільшого розглядають як тотожні. Такий висновок випливає із визначення поняття самих «збитків». Адже «збитки» у цивільно-правовій доктрині – це виражена у грошовій формі майнова шкода, заподіяна певному суб'єкту прав. Відповідно упущена вигода як структурний елемент збитків теж є певною сумою грошових коштів, які особа могла б набути у процесі використання майна, в тому числі земельної ділянки (доходом).

Однією з визначальних особливостей збитків, що відшкодовуються власникам землі та землекористувачам, є залежність їх складу від виду спричиненої шкоди в кожному окремому випадку. За критерієм спричиненої власнику земельної ділянки чи землекористувачу шкоди можна виділити дві групи збитків: 1) ті, які відшкодовуються унаслідок поєднання екологічної та майнової шкоди (витрати на відновлення попереднього природного стану земельної ділянки, по-

несені витрати на незавершене сільськогосподарське виробництво (оранка, внесення добрив, посів, інші види робіт) тощо); 2) ті, які відшкодовуються внаслідок заподіяння виключно майнової шкоди (вартість житлових будинків, вартість зрошувальних та осушувальних систем тощо).

Наведений аналіз чинного земельного законодавства надає можливість зробити висновок про відсутність у ньому чіткого формулювання поняття та структури збитків, які відшкодовуються власникам землі та землекористувачам. Це зумовлює необхідність внесення відповідних змін до ЗК України та підзаконних нормативно-правових актів з максимальним врахуванням всіх особливостей відшкодування збитків, які виникають у сфері земельних правовідносин.

КОНСТИТУЦІЙНА ЗАБОРОНА ПРИМУСОВОЇ ПРАЦІ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ

О. Стасів

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція є Основним законом нашої держави, який має найвищу юридичну силу. Це означає, що всі закони та інші нормативно-правові акти приймаються на її основі і повинні відповідати їй. Статтею 9 нашого Основного закону також визнано, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України є частиною національного законодавства. Крім того, наголошується, що укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до неї. Також у ній закріплюється, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком нашої країни.

Так, у ч. 2 ст. 43 Конституції України забороняється використання примусової праці. При цьому, зазначається, що не вважається примусовою працею військова або альтернативна (невійськова) служба, а також робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан. Очевидно, що заборона примусової праці тут визначається в широкому значенні, оскільки охоплює собою будь-який примус щодо застосування праці в нашій країні. Трудове ж право досліджує цю заборону тільки в межах застосування найманої праці.

Згідно із ст. 31 КЗпП України власник або уповноважений ним орган не має права вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором. А відповідно до ч. 1 ст. 32 Кодексу переведення на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації, а також переведення на роботу на інше

© Стасів О., 2014

підприємство, в установу, організацію або в іншу місцевість, хоча б разом із підприємством, установою, організацією, допускається тільки за згодою працівника.

З цього приводу Пленум Верховного Суду України у постанові № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 р., надаючи роз'яснення щодо змісту норми ст. 43 Конституції про заборону примусової праці, у свій час висловив думку, що не можуть застосовуватись як такі, що суперечать Конституції, правила статей 32, 33, 34 КЗпП, відомчих положень чи статутів про дисципліну тощо, які передбачають можливість тимчасового переведення працівника без його згоди на іншу роботу в порядку дисциплінарного стягнення, у разі виробничої необхідності або простою, а також можливість виконання ним роботи, не передбаченої трудовим договором.

Таке роз'яснення КС України в цілому відповідає положенням міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надана ВР України. Так, згідно ст. 4 Конвенції №29 «Про примусову чи обов'язкову працю» компетентна влада не повинна ні примушувати, ні дозволяти примушувати до примусової чи обов'язкової праці на користь приватних осіб, компаній або товариств. Крім того, ст. 10 визначено, що примусова чи обов'язкова праця може застосовуватися як виняток, але з дотриманням певних умов. Такими є

a) служба чи робота, які мають бути виконані, становлять прямий і важливий інтерес для колективу, який повинен їх виконати;

b) ця служба чи робота є необхідною тепер чи найближчим часом;

c) наслідком цієї роботи чи служби не буде надто важкий тягар для населення, беручи до уваги наявну робочу силу і її здатність виконати дану роботу;

d) виконання цієї роботи чи служби не примусить трудящих віддалитися від їх звичайного місця проживання;

e) керівництво виконанням цієї роботи чи служби здійснюватиметься відповідно до вимог релігії, суспільного життя або сільського господарства.

В цьому контексті національний законодавець в ч. 2 ст. 33 КЗпП України закріпив, що власник або уповноважений ним орган має право перевести працівника строком до одного місяця на іншу роботу, не обумовлену трудовим договором, без його згоди, якщо вона не протипоказана працівникові за станом здоров'я, лише для відвернення або ліквідації наслідків стихійного лиха, епідемій, епізоотій, виробничих аварій, а також інших обставин, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей, з оплатою праці за виконану роботу, але не нижчою, ніж середній заробіток за попередньою роботою.

Проте, будь-який примус щодо застосування найманої праці в нашій державі є неправомірним, незважаючи на те, що міжнародні договори дозволяють його у випадках, які нами раніше згадувалися. Це суперечить ч. 2 ст. 43 Конституції України. Нагадаємо, що в ній міститься перелік випадків, які не відносяться до примусової праці. При цьому розширення цього переліку видається неможливим без внесення змін до Основного закону нашої країни. Адже заборона примусової праці за нею є абсолютною. Тому положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України в частині, що суперечить Конституції України є неприпустимою, а будь-який примус в трудовому праві є незаконним.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ В УКРАЇНІ

В. Федорович

Львівський національний університет імені Івана Франка

Основні засади сучасної структури земельної власності в Україні закладені в Конституції України, яка виходить із загальносвітового досвіду її поділу на публічну та приватну. Публічна власність служить інтересам суспільства, держави, територіальних громад, приватна власність – це власність фізичних та юридичних осіб. Це випливає зі змісту норм статті14 Конституції, у якій вказується, що право власності на землю набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою, та ст. 142, у якій встановлено, що земля може перебувати у власності територіальних громад, сіл, селищ, міст, районів у містах. Відповідно до ст. 143 Конституції України територіальні громади села, селища, міста безпосередньо або через утворені ними органи місцевого самоврядування управляють майном, що є у комунальній власності. Конституційні вимоги про регулювання відносин власності на землю виключно законом диктували необхідність конкретизації вищенаведених конституційних положень у спеціальному земельному законодавстві.

Прийнятий 25 жовтня 2001 року чинний Земельний кодекс України при закріпленні форм власності на землю, виходить із відповідних конституційних положень і передбачає державну, комунальну та приватну власність на землю.

Положення про комунальну власність на землю вперше з'явилося у земельному законодавстві. Ст. 83 ЗК України до комунальної власності було віднесено усі землі в межах населених пунктів, крім земель приватної та державної власності, а також земельні ділянки за їх межами, на яких розташовані об'єкти комунальної власності. Основним способом набуття територіальними громадами земель у комунальну власність було визначено передачу їм земель державної власності.

Для забезпечення реалізації відповідних положень ЗК щодо комунальної власності на землю 5 лютого 2004 року було прийнято Закон «Про розмежування земель державної та комунальної власності», відповідно до якого в основу такого розмежування було накладено проектний принцип. Згідно зі ст. 10 цього Закону розмежування земель державної та комунальної власності може здійснюватися за проектами, які за замовленнями місцевих Рад розроблялися державними та іншими землевпорядними організаціями. При цьому перехідними положеннями ЗК (п. 12) було встановлено, що до розмежування земель державної та комунальної власності повноваження щодо розпорядження землями в межах населених пунктів здійснюють відповідні сільські, селищні, міські ради, а за межами населених пунктів здійснюють відповідні органи виконавчої влади.

Однак задекларованого розмежування в Україні не відбулося в основному через складність і тривалість цього процесу, високу вартість виготовлення

© Федорович В., 2014

землепроектної документації. В Україні практично не відбулося передачі земель із державної у комунальну власність і не видавалося документів, які б посвідчували право комунальної власності на землю.

У зв'язку з цим, що механізм розмежування земель державної та комунальної власності виявився абсолютно недієвим, було змінено законодавчі принципи формування комунальної власності на землю в Україні. Законом від 6 вересня 2012 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування земель державної та комунальної власності» запроваджено новий підхід до розмежування земель державної та комунальної власності – за законом. З набранням ним чинності (з 1 січня 2013 р.) землі державної, та комунальної власності вважаються розмежованими. Відповідні зміни внесено до статей ЗК України, норми яких регулюють відносини комунальної власності. Фактично відбулося не розмежування земель, а повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, критерієм якого є форма власності на землю: землями державної власності розпоряджаються відповідні органи державної влади, а землями комунальної власності відповідні органи місцевого самоврядування.

З 01.01.2013 року землями комунальної власності відповідних територіальних громад є:

а) усі землі в межах населених пунктів, крім земельних ділянок приватної та державної власності;

б)земельні ділянки, на яких розташовані будівлі, споруди, інші об'єкти нерухомого майна комунальної власності незалежно від місця їх розташування.

Земельні ділянки держаної власності, які передбачається використати для розміщення об'єктів, призначених для обслуговування потреб територіальної громади (комунальних підприємств, установ, організацій, громадських пасовищ, кладовищ, місць знешкодження та утилізації відходів, рекреаційних об'єктів тощо), а також земельні ділянки, які відповідно, до затвердженої містобудівної документації передбачається включити у межі населених пунктів, за рішенням органів виконавчої влади передаються у комунальну власність.

З 01.01.2013 р. у новій редакції діє і ст. 117 ЗК України, яка передбачає порядок передачі земельних ділянок державної власності у комунальну власність чи земельних ділянок комунальної власності у державну власність. Відповідно до п.1 цієї статті передача земельних ділянок державної власності у комунальну власність здійснюються за рішенням відповідних органів виконавчої влади, які здійснюють розпорядження землями державної власності. У рішенні органів виконавчої влади про передачу земельної ділянки у комунальну власність зазначається кадастровий номер земельної ділянки, її місце розташування, площа, цільове призначення, відомості про обмеження речових прав на земельну ділянку, обмеження у її використанні. На підставі цього рішення складається акт прийняття-передачі такої земельної ділянки. Це рішення разом з актом приймання-передачі такої земельної ділянки є підставою для держаної реєстрації права власності територіальної громади на неї.

Крім передачі їм земель державної власності, територіальні громади можуть також набувати землі у комунальну власність у разі відчуження земельних

ділянок для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності; прийняття спадщини; придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; виникнення інших підстав передбачених законом.

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕДУРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ГАЛУЗЕВОГО ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Г. Чернявська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Чинне законодавство України закріплює додаткове соціальне забезпечення для окремих категорій громадян. Наприклад, ветерани війни мають право на соціальні пільги відповідно до Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» від 22 жовтня 1993 року № 3551-XII, а ветерани військової служби, органів внутрішніх справ – згідно Закону України «Про статус ветеранів військової служби, ветеранів органів внутрішніх справ і деяких інших осіб і їх соціальний захист» від 24 березня 1998 року № 203/98-ВР.

Теоретично обґрунтовано, що отримання додаткового соціального забезпечення пов'язане із настанням у фізичних осіб соціальних ризиків, зумовлених обставинами екологічного (техногенного) чи державно-політичного характеру. У правовій науці таких осіб називають спеціальними суб'єктами права соціального забезпечення і вважають носіями спеціального галузевого правового статусу (О.І. Кульчицька).

Наявність названого вище правового статусу, який є підставою для отримання додаткових соціальних пільг, компенсацій, встановлюється у процедурних правовідносинах соціального забезпечення.

Аналізуючи вказані галузеві правові відносини, перш за все, доречно з'ясувати, як вони співіснують з іншими видами процедурних правовідносин соціального забезпечення.

Науково обґрунтовано, що під час встановлення спеціального галузевого правового статусу загальносоціальні ризики вже є підтверджені відповідними документами. Уповноважені державою органи лише констатують їх наявність. Наприклад, відповідно до п. 10 Положення про порядок видачі посвідчень і нагрудних знаків ветеранів війни для набуття статусу інваліда війни (затв. постановою КМУ від 12.05.1994 р. № 302) окрім документів, які засвідчують роботу у воєнний період, заявник повинен подати довідку медико-соціальної експертної

© Чернявська Г., 2014

комісії про причини та групу інвалідності. Звідси випливає, що досліджувані процедурні правовідносини виникають після припинення галузевих правових відносин щодо встановлення юридичних фактів.

Також зі змісту ст. 6 Закону України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку» від 16 грудня 1993 року випливає, що передумовою набуття статусу ветерана праці є вихід на пенсію. Тобто процедурні правовідносини щодо призначення пенсійного забезпечення передують встановленню вказаного спеціального галузевого правового статусу.

Поряд із цим, наявність статусу ветерана праці є умовою отримання додаткового соціального забезпечення. А відтак, встановлення спеціального галузевого правового статусу передує процедурі призначення додаткових соціальних виплат, пільг та компенсацій особам, що ним володіють.

Таким чином, процедурні правовідносини соціального забезпечення щодо встановлення спеціального галузевого правового статусу виникають після підтвердження юридичних фактів або призначення соціального забезпечення внаслідок настання загальносоціальних ризиків та передують процедурі призначення додаткового соціального забезпечення.

Переважно, процедурні правові відносини, які є предметом даного аналізу, виникають на підставі особистого звернення фізичної особи, яка зазнала впливу соціального ризику, зумовленого обставинами державно-політичного чи екологічного (техногенного) характеру (вставлення статусу учасника бойових дій, інваліда війни, ветерана праці тощо).

Аналіз чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що встановлення спеціального галузевого правового статусу може складатися з одного чи декількох етапів. Одноетапна процедура передбачає визначення спеціального статусу на підставі поданих документів та одночасну видачу відповідного посвідчення. Вона застосовується, наприклад, під час встановлення статусу інваліда війни, статусу жертви нацистських переслідувань.

Натомість, визначення статусу учасника бойових дій на підставі п. 2 ст. 6 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» здійснюється у два етапи.

Відповідно до законодавства участь осіб, які претендують на встановлення статусу учасника бойових дій відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 6 вказаного вище Закону, у бойових діях або в забезпеченні бойової діяльності військ (флоту) визначається комісіями, що створюються у міністерствах і відомствах, які направляли своїх працівників на роботу в держави, де в цей період велися бойові дії.

На виконання наведених вище законодавчих приписів Міністерство оборони України наказом від 08.04.2009 р. № 158 затвердило Положення про комісії з питань розгляду матеріалів про визначення учасників бойових дій у Збройних Силах України та Інструкцію про порядок видачі посвідчень учасника бойових дій, нагрудних знаків «Ветеран війни – учасник бойових дій» та листів талонів на право одержання проїзних квитків з 50-відсотковою знижкою їх вартості у Збройних Силах України»

Переліченими вище законодавчими актами встановлено, що названі комісії розглядають заяви та приймають рішення про визнання фізичних осіб-заявників учасниками бойових дій.

Однак пільги та компенсації за Законом України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» надаються на основі посвідчень, які підтверджують статус учасника бойових дій. Підставою видачі посвідчення учасника бойових дій є рішення комісії про визнання фізичних осіб-заявників учасниками бойових дій, оформлені протоколом чи витягом із нього. При цьому документ, який підтверджує вказаний спеціальний галузевий правовий статус, надається не комісіями, які його встановили, а іншими органами (Міноборони, МВС, МНС, СБУ, Служби зовнішньої розвідки, ДПтС, Управління державної охорони, ДПС, Адміністрації Державної прикордонної служби, Держспецзв'язку, Держтехногенбезпеки, Держспецтрансслужбою) за місцем реєстрації ветерана).

Отже, як бачимо, процедура встановлення статусу учасника бойових дій складається з двох етапів: 1) прийняття рішення про визнання особи учасником бойових дій; 2) видача посвідчень, які підтверджують спеціальний галузевий правовий статус.

У зв'язку з наявністю двох різних суб'єктів, залучених до процедури встановлення статусу учасника бойових дій, можна було б стверджувати про існування окремих видів процедурних правовідносин: перші – виникають щодо визнання особи учасником бойових дій чи учасником війни; другі – щодо видачі відповідного посвідчення. Однак ми з'ясували, що існування процедурних правовідносин першого виду не має правового значення для отримання передбаченого законом соціального забезпечення без отримання документа, що підтверджує наявність спеціального галузевого правового статусу. А відтак, вважаємо, що недоцільно виділяти їх в окремий вид.

Отже, встановлення спеціального галузевого правового статусу відбуватися у процедурних правовідносинах соціального забезпечення у порядку, який складається з одного чи декількох обов'язкових етапів. Їх роз'єднання у самостійні види галузевих процедурних правовідносин не має правового значення, оскільки реалізація права на соціальне забезпечення можлива тільки у випадку проходження всіх законодавчо визначених етапів.

У фаховій правовій літературі зазначено, що встановлення спеціального галузевого правового статусу здійснюється суб'єктами права соціального забезпечення, які сприяють в одержанні соціального забезпечення. Аналізуючи чинне законодавство, робимо висновок, що такі суб'єкти мають різну правову природу. Наприклад, для визнання учасником бойових дій створюються та діють комісії з питань розгляду матеріалів про визнання учасників бойових дій у Збройних Силах України. Поряд із цим, розгляд документів та прийняття рішення про надання статусу інваліда війни, ветерана праці та жертви нацистських переслідувань здійснюється управліннями праці та соціального захисту населення.

Видача посвідчень, що підтверджують наявність спеціального галузевого правового статусу особи, на яку поширюється дія Закону України «Про статус і

соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» здійснюється: 1) Міністерством соціальної політики України (згідно законодавчого акту – Міністерство праці та соціальної політики України); 2) Радою міністрів Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими державними адміністраціями.

О.І. Кульчицька зазначила, що Міністерство праці та соціальної політики України, а також управління праці та соціального захисту населення є державними органами загальної компетенції у сфері соціального забезпечення. Такими ж, на нашу думку, є Рада міністрів АРК, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації.

Окрім того, статус ветерана праці особи, визначеної ч. 2 ст. 10 Закону України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців та осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ», підтверджується органами, що здійснюють їх пенсійне забезпечення. Посвідчення ветерана військової служби видаються, зокрема, органами пенсійного забезпечення Адміністрації Держприкордонслужби, Служби зовнішньої розвідки, тощо.

Перелічені вище органи є державними. За словами О.І. Кульчицької, компетенція вказаних державних органів у сфері соціального забезпечення визначається можливістю прийняття правозастосувальних актів, які мають правопідтверджувальний характер. Це означає, що зазначені органи ухвалюють рішення про видачу посвідчень, що є юридичним фактом, який підтверджує право відповідної особи на визначені законодавством види соціального забезпечення. У такий спосіб ці органи сприяють фізичним особам у реалізації їхнього права на соціальне забезпечення.

Таким чином, оскільки до компетенції перелічених вище органів належить вирішення питань, пов'язаних із встановленням спеціального галузевого правового статусу, який дає право на визначені законом додаткові види соціального забезпечення, їх можна вважати державними органами спеціальної компетенції у сфері соціального забезпечення.

Отже, встановлення спеціального галузевого правового статусу здійснюється у процедурних правовідносинах соціального забезпечення спеціально створеними органами, державними органами загальної та спеціальної компетенції у сфері соціального забезпечення.

Підсумовуючи зазначимо, що процедурні правовідносини соціального забезпечення щодо встановлення спеціального галузевого правового статусу: 1) виникають після підтвердження юридичних фактів або призначення соціального забезпечення внаслідок настання загальносоціальних ризиків та передують процедурі призначення додаткового соціального забезпечення; 2) підставою їх виникнення є звернення фізичної особи, яка зазнала впливу соціального ризику, зумовленого обставинами державно-політичного чи екологічного (техногенного) характеру; 3) складаються з одного чи декількох етапів; 4) встановлення спеціального галузевого правового статусу здійснюється спеціально створеними органами, державними органами загальної та спеціальної компетенції у сфері соціального забезпечення.

ТАКСИ ЯК ОДИН ІЗ СПОСОБІВ КОМПЕНСАЦІЇ ЗАВДАНОЇ ДОВКІЛЛЮ ШКОДИ В ГРОШОВОМУ ВИРАЗІ

Х. Чопко

Львівський національний університет імені Івана Франка

Необхідною умовою зменшення негативного впливу на довкілля є охорона природного середовища від забруднення, встановленням меж використання природних ресурсів та створення умов, необхідних для відновлення природних ресурсів.

В окремих випадках, природній ресурс повернути до попереднього стану неможливо. Зокрема, неможливо посадити зрізані першоцвіти, відновити в природі знищену популяцію рідкісних тварин тощо. А тому застосовуються компенсаційні механізми відшкодування втрачених властивостей довкілля. Термін «компенсація» тлумачиться як урівноваження чого-небудь порушеного; надолуження. Компенсаційний аспект найбільш повно втілюється через застосування в екологічному праві таксового методу обчислення завданої довкіллю шкоди. Як зазначала С.М. Кравченко, такси за своєю юридичною природою слугують специфічними майново-правовими санкціями, головна функція яких – компенсація шкоди, завданої неправомірним використанням природних об'єктів. На думку Н.І. Титової специфіку таксової відповідальності зумовлюють особливості правового режиму природоохоронних об'єктів. Таким чином, такси найповніше відображають у вартісному виразі усі негативні майнові наслідки завданої довкіллю шкоди. У них міститься визначений наперед розмір майнової шкоди, завданої довкіллю неправомірними діями фізичних чи юридичних осіб.

У сучасних умовах такси залишаються одним з єдиних джерел визначення шкоди щодо більшості природних ресурсів. До прикладу затверджено такси для обчислення розміру шкоди заподіяної лісу неправомірними діями юридичних та фізичних осіб. У них розраховано суми, що повинні відшкодовуватися у випадку знищення або пошкодження лісових культур, природного підросту та самосіву на землях, призначених для відновлення лісу. Сума відшкодування залежить від віку (в роках) лісових культур тощо і визначаються у гривнях за кожний гектар. Зокрема, при знищенні лісових культур, що мають 5 і менше років такса становить 17 918 грн за кожен гектар. Відповідно, якщо пошкодженим об'єктам було від 6 до 10 років, то відшкодування зростає до 23 188 гривень за кожен гектар.

Таким чином, такси виражають у вартісному виразі усі негативні майнові наслідки завданої довкіллю шкоди. Однак, вважаємо, що таксовий метод має і ряд недоліків. Зокрема, таксову відповідальність можна застосовувати лише у стабільних економічних умовах, що не властиве для нашої держави. Недоліком є і те, що сучасне екологічне законодавство орієнтоване, в першу чергу, на відшкодування лише економічної шкоди, до того ж досить приблиз-

© Чопко Х., 2014

но визначеної. Такса не може залежати лише від породи та діаметру природного ресурсу, його виду та деяких інших ознак. Такса повинна якнайбільше відповідати реальній вартості завданої екологічним правопорушенням шкоди. Тому одиницею, з якої необхідно виходити при обчисленні розміру шкоди, не повинен бути неоподаткований мінімум доходів громадян, який становить 17 грн і є фіксованим. Такса не повинна бути встановлена і в твердій грошовій сумі, оскільки завдана природному ресурсу шкода через певний проміжок часу, наприклад рік, вже не буде відповідати ринковій вартості продукції з цього ресурсу, визначеній нормативно-правовими актами у гривнях. Тому розмір шкоди, що підлягає відшкодуванню як правило не завжди відповідає реальній вартості природного ресурсу, зокрема через тривалий розгляд справи щодо відшкодування збитків. Розмір відшкодування повинен бути обґрунтованими, не дивлячись на певну умовність, відображати всі наслідки екологічного правопорушення та бути актуальним, співмірним із необхідними заходами по відновленню природного ресурсу. Вважаємо, що одиницею з якої необхідно виходити при обчисленні розміру завданої шкоди повинен бути прожитковий мінімум. Прожитковий мінімум визначає мінімальний розмір коштів, необхідний людині для проживання, є динамічним, враховує інфляційні процеси в державі. Розмір відшкодування завжди буде прив'язаний до конкретного ринкового періоду і в кожен такий період становитиме однакову частину доходів громадян.

ПОНЯТТЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ СПРИЯННЯ ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ

Д. Швець

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах структурної трансформації економіки України та соціально-економічної нестабільності, пов'язаної із процесами формування ринкових відносин, все гостріше виникає необхідність в формуванні повної та продуктивної зайнятості населення, як важливого елемента в процесі досягнення достатньо високого рівня життя населення та соціальної стабільності в суспільстві.

Відповідно до пункту 7 статті 1 Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 року № 5067-VI зайнятість визначається як не заборонена законодавством діяльність осіб, пов'язана із задоволенням їх особистих та суспільних потреб з метою одержання доходу (заробітної плати) у грошовій або іншій формі, а також діяльність членів однієї сім'ї, які здійснюють господарську діяльність або працюють у суб'єктів господарювання, заснованих на їх власності, у тому числі безоплатно.

© Швець Д., 2014

Зайнятість за своєю природою характеризується поєднанням економічної та соціальної сутності, що, зокрема, відображено у Конвенції МОП № 122 про політику в галузі зайнятості (1964 р.). Статтею 1 Конвенції передбачено, що кожен член Міжнародної організації праці проголошує і здійснює як головну мету активну політику, спрямовану на сприяння повній, продуктивній і вільно вибраній зайнятості. Ця політика має на меті забезпечувати наявність роботи для всіх, хто готовий стати до роботи і шукає роботу, продуктивність, свободу вибору зайнятості і найширші можливості для кожного працівника здобути підготовку та використовувати свої навички і здібності для виконання роботи, до якої він придатний, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних поглядів, іноземного походження чи соціального походження. Також належним чином враховується стадія і рівень економічного розвитку та взаємний зв'язок між цілями в галузі зайнятості й іншими економічними та соціальними цілями, і здійснюється за допомогою методів, що відповідають національним умовам та практиці.

Органічне поєднання понять «повна зайнятість», «продуктивна зайнятість» та «вільно обрана зайнятість», які становлять собою єдине ціле та не підлягають трактуванню поза їхнім зв'язком, знайшло своє відображення також і в національному законодавстві. Так у пункті 6 статті 1 Закону України «Про зайнятість населення» при висвітленні основних завдань державного регулювання зайнятості вжито термін «повна, продуктивна і вільно обрана зайнятість».

Поняття повної зайнятості закріплено у Законі України «Про зайнятість населення». Зокрема вона визначається, як зайнятість працівника за нормою робочого часу, передбаченою згідно із законодавством, колективним або трудовим договором. Потрібно зауважити, що трудовим договором може бути встановлена менша тривалість робочого часу від норми часу, яка передбачена законодавством. В свою чергу, неповною зайнятістю є зайнятість працівника на умовах робочого часу, що менший від норми часу, передбаченої законодавством, і може встановлюватися за договором між працівником і роботодавцем з оплатою праці пропорційно відпрацьованому часу або залежно від виробітку.

Відповідно, встановлення тривалості робочого часу на договірних умовах є характерним одночасно для повної та неповної зайнятості. Така неузгодженість між зазначеними поняттями дозволяє вважати повною зайнятістю зайнятість на умовах робочого часу будь-якої тривалості. Таким чином, з метою розмежування визначень повної та неповної зайнятості, необхідно виключити з визначення повної зайнятості зайнятість за нормою робочого часу, передбаченою трудовим договором.

Важливо відмітити, що повна зайнятість в контексті розвитку ринкової економіки, яка включає здійснення економічних реформ та формування розвиненого ринку праці, повинна бути економічно та соціально ефективною, раціональною та продуктивною.

Повна зайнятість може бути досягнутою лише при врахуванні інтересів як роботодавців при створенні нових робочих місць, так і громадян при виборі ними професій чи місця роботи, тобто повинні створюватися умови для реалізації конкретних форм зайнятості, які дозволили б наблизитися до розуміння по-

вної, ефективної та продуктивної зайнятості. Таким чином, формами зайнятості вважаються організаційно-правові способи і умови реалізації права на працю.

Статтею 4 Закону України «Про зайнятість населення» законодавець визначив форми зайнятості. Такими вважаються як робота за наймом на умовах трудового договору (контракту) або на інших умовах, передбачених законодавством, забезпечення себе роботою самостійно (у тому ведення особистих селянських господарств), проходження військової чи альтернативної (невійськової) служби, робота на законних підставах за кордоном за умови отримання доходів від такої зайнятості, а також навчання за денною формою у загальноосвітніх, професійно-технічних та вищих навчальних закладах, яке поєднане з роботою.

Пунктом 2 частини 1 статті 4 Закону України «Про зайнятість населення», поряд з основними, передбачено й інші форм зайнятості. Так, до зайнятого населення також належать непрацюючі працездатні особи, які фактично здійснюють догляд за дитиною-інвалідом, інвалідом I групи або за особою похилого віку, яка за висновком медичного закладу потребує постійного стороннього догляду або досягла 80-річного віку, та отримують допомогу, компенсацію та/або надбавку відповідно до законодавства; батьки-вихователі дитячих будинків сімейного типу, прийомні батьки, якщо вони отримують грошове забезпечення відповідно до законодавства; особи, які проживають разом з інвалідом I чи II групи внаслідок психічного розладу, який за висновком лікарської комісії медичного закладу потребує постійного стороннього догляду, та одержують грошову допомогу на догляд за ним відповідно до законодавства.

Серед закріплених Законом України «Про зайнятість населення» механізмів створення умов для державного регулювання зайнятості населення та створення належних умов для реалізації її конкретних форм потрібно виділити заходи сприяння зайнятості, основними завданнями яких є забезпечення відповідності рівня професійної кваліфікації працездатних осіб потребам ринку праці, створення умов для активного пошуку роботи безробітними та підвищення конкурентоспроможності осіб на ринку праці.

У правовій науці формою вважається спосіб організації чого-небудь; зовнішнє вираження якого-небудь змісту або виду, устрій, тип. З огляду на це під організаційно-правовими формами сприяння зайнятості розуміється сукупність встановлених державою заходів та механізмів організаційного та правового характеру, які спрямовані на допомогу громадянам в отриманні можливості реалізувати право на працю в межах законодавчо встановлених форм зайнятості, задовольнити їхні особисті та суспільні потреби з метою одержання доходу у грошовій або іншій формі шляхом забезпечення відповідності рівня професійної кваліфікації працездатних осіб потребам ринку праці, створення умов для активного пошуку роботи безробітними та підвищення конкурентоспроможності осіб на ринку праці.

Отже, серед організаційно-правових форм сприяння зайнятості населення можна виділити ті, що стосуються широкого кола об'єктів реалізації (основні), або ж ті, що стосуються обмеженого кола осіб та сформовані з врахуванням світових тенденцій та актуальних особливостей, які притаманні сучасному ринку праці (нетипові).

Основними організаційно-правовими формами сприяння зайнятості населення є реалізація державних цільових програм сприяння зайнятості населення, професійна орієнтація та професійне навчання, стимулювання діяльності роботодавців, створення умов для самозайнятості населення та підтримки підприємницької ініціативи, організації громадських та інших робіт тимчасового характеру. До нетипових організаційно-правових форм сприяння зайнятості населення можна віднести сприяння працевлаштування молодих працівників; сприяння занятості інвалідів; стимулювання працевлаштування недостатньо конкурентоспроможних на ринку праці громадян: один з батьків або особа, яка їх замінює і має на утриманні дітей віком до шести років, виховує без одного з подружжя дитину віком до 14 років або дитину-інваліда; особи, звільнені після відбуття покарання або примусового лікування;молодь, яка закінчила або припинила навчання у загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах, звільнилася із строкової військової або альтернативної служби (протягом шести місяців після закінчення або припинення навчання чи служби) і яка вперше приймається на роботу;особи, яким до настання права на пенсію за віком залишилося 10 і менше років тощо.

Створення державою умов для забезпечення повної та продуктивної вільно обраної зайнятості неможливе без використання організаційно-правових форм сприяння зайнятості населення, які б відповідали існуючим соціально-економічним умовам. В свою чергу, подальше дослідження конкретних організаційно-правових форм сприяння зайнятості населення дозволить визначити їхню соціально-економічну обгрунтованість, необхідність формування нових форм сприяння зайнятості населення або внесення змін до існуючих.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ В ГАЛУЗІ ОХОРОНИ ДОВКІЛЛЯ І НАЦІОНАЛЬНЕ ЕКОЛОГІЧНЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Н. Шпарик

Львівський національний університет імені Івана Франка

Надання пріоритету приписам міжнародно-правових актів у сфері охорони довкілля над національним законодавством визнається провідною ідеєю концепції правової охорони навколишнього природного середовища.

Термін «міжнародно-правові стандарти» або «міжнародні стандарти» в юридичній літературі розглядається як норми, що містяться в міжнародних документах, обов'язкових для законотворчості демократичних держав. У теорії

© Шпарик Н., 2014

права існують досить різні підходи науковців стосовно сфери дії міжнародно-правових стандартів. Зазвичай ці стандарти застосовуються при визначенні правового статусу людини, проте це не означає, що міжнародні стандарти не застосовують в інших сферах правового регулювання.

П. Рабінович та О. Венецька подають наступне визначення міжнародних стандартів прав людини – це закріплені у міжнародних актах і документах, текстуально уніфіковані й функціонально універсальні (для певних міжнародних об'єднань держав) принципи та норми, які за посередництвом вельми абстрактних, здебільшого оціночних, терміно-понять фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг прав людини, зумовлювані досягнутим рівнем соціального розвитку та його динамікою, а також встановлюють позитивні обов'язки держав щодо їх забезпечення, охорони й захисту та передбачають за їх порушення санкції політико-юридичного чи політичного характеру. Також варто врахувати, що як вбачається з документів, що вміщують міжнародні стандарти прав людини, чим «вищим» є міжнародно-правовий рівень документа і суб'єктів, які його прийняли, тим більш високим є й рівень абстракції терміно-понять, які у ньому використовуються для фіксації відповідних принципів і норм.

З врахуванням цього визначення та специфіки охорони довкілля можна запропонувати наступне визначення міжнародно-правових стандартів у галузі охорони довкілля – це закріплені у міжнародно-правових актах принципи та норми, котрі визначають прийнятний та безпечний стан довкілля та вимоги щодо охорони навколишнього природного середовища, які зумовлені досягнутим рівнем соціального розвитку та його динамікою, а також встановлюють позитивні обов'язки держав щодо їх забезпечення, охорони й захисту, мають сталий авторитет та підлягають безумовному виконанню.

Базовим актом для міжнародного права навколишнього середовища є Стокгольмська декларація з навколишнього середовища 1972 р., яка визначила основні напрямки та принципи міжнародно-правової охорони довкілля, зокрема, у таких сферах як раціональне використання природних ресурсів, збереження флори і фауни, управління охороною довкілля. У 1992 р. була скликана Конференція в Ріо-де-Жанейро, де прийнято Декларацію з навколишнього середовища і розвитку, центральна концепція якої – сталий розвиток. У 2012 році Організація Об'єднаних Націй організувала Конференцію з питань сталого розвитку, також відому під назвою «Ріо-2012» або «Ріо +20», яка знову ж таки пройшла в Ріо-де-Жанейро (Бразилія). Орієнтація цієї конференції була спрямована на вирішення двох ключових питань: екологізація економіки у контексті викорінення бідності та інституційні рамки для сталого розвитку.

Виконання і застосовування міжнародних договорів в галузі охорони довкілля потребує їх імплементації у національному законодавстві. З цією метою вносяться зміни у чинне законодавство. Як правило, це робиться до ратифікації країною певної конвенції чи договору. Але внесення змін може бути зроблено і після ратифікації – це залежить від того, як дане питання регулюється в національному законодавстві. У деяких країнах норми міжнародного права є нормами прямої дії, тобто їх застосування не потребує прийняття спеціального закону,

або вони стають частиною національного законодавства після їх ратифікації, як це передбачено, зокрема, ст. 9 Конституції України.

Для дотримання і застосування конвенцій можуть створюватися певні стратегії, концепції та плани дій. Так, для імплементації Україною Конвенції про охорону біологічного різноманіття 12 травня 1997 року була прийнята Постанова Кабінету Міністрів України «Про Концепцію збереження біологічного різноманіття». Своїм Розпорядженням «Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми збереження біологічного різноманіття на 2005–2025 рр.» від 22 вересня 2004 року Кабінет Міністрів України визначив основні засади, завдання та заходи із збереження біологічного різноманіття. Тим не менше, сама Загальнодержавна програма збереження біологічного різноманіття так і не була прийнята.

З метою збереження унікальних природних комплексів водно-болотних угідь, які згідно з критеріями Рамсарської конвенції мають природоохоронну, рекреаційну, наукову, естетичну цінність та міжнародне значення головним чином як місця оселень водоплавних птахів, Кабінет Міністрів України Постановою від 23 листопада 1995 року № 935 затвердив Перелік водно-болотних угідь, які мають міжнародне значення головним чином як місця оселень водоплавних птахів. До цього переліку входять, наприклад, дельта Дніпра, Шацькі озера, озеро Сасик. Однак галузеве законодавство, зокрема Земельний кодекс України, зробив крок назад, виключивши земельні ділянки водно-болотних угідь, що не віднесені до земель водного фонду і лісогосподарського призначення з переліку земель природоохоронного призначення (ст. 46 Земельного кодексу України).

Підписавши Декларацію Ріо-де-Жанейро, Україна взяла на себе зобов'язання впроваджувати принцип сталого розвитку. Для реалізації цього зобов'язання були розроблені: Національний план дій з охорони навколишнього середовища, Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки та Концепція сталого розвитку населених пунктів. У цих ключових документах інтеграція екологічних пріоритетів у стратегію соціального і економічного розвитку розглядається як основне завдання екологічної політики.

Загалом відчутним є значний вплив міжнародно-правових стандартів на поведінку та законотворчу діяльність держав як суб'єктів міжнародних відносин у галузі охорони довкілля. Саме такі міжнародні норми та принципи безпосередньо формують напрямки діяльності, стратегію та власне національне екологічне законодавство України.

Запровадження і дотримання в Україні міжнародно-правових стандартів у галузі охорони довкілля знаходять свій прояв у декількох напрямках: а) шляхом визнання чи укладання Україною міжнародно-правових договорів у сфері охорони довкілля глобального, регіонального та двостороннього характеру, внаслідок чого вони проходять тривалий процес імплементації та в результаті цього стають частиною національного законодавства; б) шляхом адаптації національного законодавства до законодавства ЄС.

Стратегічним напрямком зовнішньої політики ЄС проголошена підтримка України шляхом заохочення невпинного зближення її законодавства з законодавством ЄС, зокрема в таких галузях, як конкурентна політика, стандартизація та сертифікація, права інтелектуальної власності, захист даних, митні процедури та охорона навколишнього середовища. Безперечно, що діючі європейські стандарти у зазначених сферах є значно вищими від аналогічних національних. У спільній стратегії Європейського Союзу щодо України ЄС закликав Україну вжити рішучих заходів у галузі захисту навколишнього середовища. Захист здоров'я населення від забруднення питної води, повітря та ґрунту, а також раціональне та відповідальне використання природних ресурсів і обмеження транскордонного забруднення повітря та води є пріоритетами в цій галузі. В результаті співробітництво в галузі охорони довкілля має привести до створення безпечного і сприятливого для людини загальноєвропейського екологічного простору.

Розвиток екологічного законодавства України повинен здійснюватися в напрямку врахування досягнутого рівня міжнародно-правових та європейських стандартів екологічної безпеки та охорони навколишнього природного середовища і вдосконалення та підвищення національних стандартів безпеки навколишнього природного середовища.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

ДО ПИТАННЯ ПРО ОБ'ЄКТИВНУ СТОРОНУ УМИСНОГО ЧИ НЕОБЕРЕЖНОГО ЗНИЩЕННЯ ЧИ ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА

Р. Боднарчук

Львівський національний університет імені Івана Франка

При визначенні понять «знищення» та «пошкодження» чужого майна у науковій літературі немає єдиного підходу, не зважаючи на значну подібність цих визначень. Так само немає критеріїв, які були б спільними, як для знищення, так і для пошкодження, за якими вже б виводилися ознаки і давалися визначення «знищення та пошкодження» чужого майна. Основним завданням цієї роботи виступає подання власних понять, критеріїв та ознак знищення та пошкодження чужого майна.

У ст. 194 КК України, як і у ст. 196 КК України, передбачена кримінальна відповідальність за два самостійні суспільно небезпечні діяння: знищення чужого майна та пошкодження чужого майна. Цілком згідні з думкою А.Г. Безверхова та І.Г. Шевченко, що і протиправне діяння, і суспільно небезпечні наслідки, що настали у результаті вчинення цього діяння полягають у знищенні або пошкодженні чужого майна. Тому знищення та пошкодження прийнятно розглядати у плані «діяння-наслідок». Окрім цього, сама термінологічна конструкція «знищення або пошкодження» передбачає як вчинення певного роду діяння, так і настання відповідних суспільно небезпечних наслідків. При цьому наслідки мають головне значення, оскільки саме з ними закон пов'язує момент закінчення злочину. В сучасній науці кримінального права про відповідальність за знищення та пошкодження майна безспірним є положення про те, що під знищенням і пошкодженням з об'єктивної сторони розуміється протиправне діяння, яке може виражатися у формі як дії, так і бездіяльності. Однак, як показує практика, частіше всього розглядувані злочини вчиняються шляхом активної форми поведінки – *дії.* Так, дійсно знищення чи пошкодження чужого майна можуть бути здійснені у *будь-який спосіб* (розбиття, розламування чи розрізання речі на шматки, дія на річ водою чи повітрям, повне чи часткове розчинення її у воді чи інших рідинах тощо), однак, зважаючи на положення чинного КК України, вчинення зазначених діянь шляхом підпалу, вибуху чи іншим загально небезпечним способом утворює кваліфікований склад цього злочину і потребує кваліфікації за ч. 2 ст. 194 КК України. Дещо рідше знищення чи пошкодження майна вчиняються шляхом *бездіяльності*. Бездіяльність у складі знищення чи пошко-

© Боднарчук Р., 2014

дження майна являє собою невиконання конкретної дії, яку особа зобов'язана була і мала реальну можливість вчинити, внаслідок якої заподіюється знищення чи пошкодження чужого майна. На практиці відомі такі випадки знищення чи пошкодження майна внаслідок бездіяльності, як залишення без нагляду включених електричних приладів чи інших джерел підвищеної небезпеки, ненадання корму тваринам особою, яка зобов'язана по роботі належним чином утримувати тварин, неприйняття зобов'язаною особою заходів збереження чужого майна від руйнівної дії кліматичних, біологічних та інших факторів (наприклад, сирості), невжиття необхідних запобіжних заходів при використанні вогню, інше невиконанням винним у побуті чи на роботі загальноприйнятих норм безпеки і недотримання спеціальних правил з попередження шкоди.

Поняття «знищення» та «пошкодження», які мають між собою, як спільні, так і відмінні ознаки, перш за все стосуються предмета (чужого майна), яке стало знищене чи пошкоджене. Тому, ми пропонуємо встановити критерії, за якими б подавалися й згруповувалися ознаки знищення та пошкодження чужого майна. При цьому слід, на нашу думку, відштовхуватися від ознак чужого майна (фізичної, економічної та юридичної), прослідковуючи, які зміни їх торкнулися після протиправного впливу. Тому, критеріями знищення чи пошкодження будуть:

1) *фізичний критерій* (як річ у фізичному розумінні цього слова, яка має свою будову, форму та структуру, що й визначає подальшу можливість (неможливість) відновлення (ремонту, реставрації і т. д.) її властивостей та якості, обумовлюючи таким чином її подальше існування або припинення існування, як майна);

2) *економічний критерій* (цінність – мінова та споживча вартість, здатність задовольняти матеріальні та пов'язані з ними потреби людини, шляхом використання майна за його цільовим призначенням; здатність до відокремлення від природного середовища чи відновлення (ремонту) заново шляхом вкладення праці людини, її коштів та матеріалів; можливість перебування в майновому обороті);

3) *юридичний критерій* (майно має бути чужим для винного, належить (чи вже не належить) на праві власності чи законного володіння іншому суб'єкту права власності).

Ознаки, за наявності яких, на нашу думку, майно буде вважатися знищеним подамо за цими трьома критеріями у таблиці 1.

Таблиця 1

Ознаки знищеного майна

Критерії	**Ознаки знищеного майна**
фізичний	1. Майно після його знищення перестає *фізично існувати* (наприклад, вибух у балонах газу) або продовжує своє існування зі зміненою формою, будовою, структурою чи формулою (наприклад, отруєне вино у бочках); 2. Фізична неможливість відновлення (ремонту, реставрації і т. д.) його властивостей та якості.

економічний	1. Цінність, мінова та споживча вартість, здатність задовольняти матеріальні та пов'язані з ними потреби людини, шляхом використання цього майна за його цільовим призначенням втрачена повністю й назавжди (повна постійна непридатність). Не виключається певна вартість залишків майна (цегли від будинку, металу від станка); 2. Нездатність до відокремлення від природного середовища (вилитий в море спирт) чи відновлення (ремонту) заново шляхом вкладення праці людини, її коштів та матеріалів; 3. Випадає з економічного (господарського) обігу майно, як таке.
юридичний	1. Власник чи інший законний володілець позбавляється, як права власності на майно, так і можливості володіти, користуватися чи розпоряджатися майном (оскільки, знищення майна є підставою для припинення права власності); 2. Перероблення чужого майна та використання його за призначенням, внаслідок якого воно зникає (спалення бензину у двигуні під час руху) не є знищенням.

Тому, під *знищенням* чужого майна, на нашу думку, слід розуміти – кримінально – протиправний вплив, внаслідок якого чужому майну заподіюється шкода, воно перестає *фізично існувати* (наприклад, вибух у балонах газу) або продовжує своє існування зі зміненою формою, будовою, структурою чи формулою (наприклад, отруєне вино у бочках), що обумовлює подальшу неможливість відновлення (ремонту, реставрації і т. д.) його властивостей та якості, а цінність, мінова та споживча вартість, здатність задовольняти матеріальні та пов'язані з ними потреби людини, шляхом використання цього майна за його цільовим призначенням втрачається повністю й назавжди (повна постійна непридатність), майно втрачає здатність до відокремлення від природного середовища (вилитий в море спирт) чи відновлення (ремонту) заново шляхом вкладення праці людини, її коштів та матеріалів, власник же чи інший законний володілець позбавляється, як права власності на майно, так і можливості володіти, користуватися чи розпоряджатися майном, тому воно випадає з економічного обігу, як таке.

Ознаки, за наявності яких, на нашу думку, майно буде вважатися пошкодженим подамо за цими трьома критеріями у таблиці 2.

Таблиця 2

Ознаки пошкодженого майна

Критерії	Ознаки пошкодженого майна
фізичний	1. Майно після його пошкодження продовжує *фізично існувати, однак*, зі зміненою формою, будовою, структурою, формулою чи зовнішнім виглядом; 2. Фізична можливість відновлення (ремонту, реставрації і т. д.) його властивостей та якості.

економічний	1. Цінність, мінова та споживча вартість зменшена назавжди чи тимчасово; 2. Здатність же задовольняти матеріальні та пов'язані з ними потреби людини, шляхом використання цього майна за його цільовим призначенням може бути й взагалі не втрачена або втрачена частково чи повністю, однак тимчасово (повна придатність або повна чи часткова тимчасова непридатність); 3. Придатність до відновлення (ремонту, реставрації і т.д.) шляхом вкладення праці людини, її коштів та матеріалів; 4. Майно не випадає з економічного (господарського) обігу.
юридичний	1. Власник чи інший законний володілець не позбавляється права власності на майно, в тому числі можливості володіти та розпоряджатися ним, однак може бути тимчасово позбавлений можливості користуватися ним.

Тому, під *пошкодженням* чужого майна слід розуміти – кримінально – протиправний вплив, внаслідок якого чужому майну заподіюється шкода, воно продовжує *фізично існувати, однак*, зі зміненою формою, будовою, структурою, формулою чи зовнішнім виглядом, що обумовлює подальшу можливість відновлення (ремонту, реставрації і т. д.) його властивостей та якості, а цінність, мінова та споживча вартість зменшена назавжди чи тимчасово, здатність же задовольняти матеріальні та пов'язані з ними потреби людини, шляхом використання цього майна за його цільовим призначенням може бути й взагалі не втрачена або втрачена частково чи повністю, однак тимчасово (повна придатність або повна чи часткова тимчасова непридатність), майно зберігає придатність до відновлення (ремонту, реставрації і т.д.) шляхом вкладення праці людини, її коштів та матеріалів, власник же чи інший законний володілець не позбавляється права власності на майно, в тому числі можливості володіти та розпоряджатися ним, однак може бути тимчасово позбавлений можливості користуватися ним, тому воно не випадає з економічного обігу, як таке.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ РАДЯНСЬКОГО ПЕРІОДУ

Х. Брух

Львівський національний університет імені Івана Франка

Необхідність вивчення питань кримінальної відповідальності за примушування до вступу в статевий зв'язок у законодавстві радянського періоду обумовлю-

© Брух Х., 2014

ється, насамперед, колосальним значенням історичного методу, використання якого засвідчує відповідність дослідження домінуючим нині методологічним підходам.

Окрім того, саме на початку минулого століття відбулися докорінні зміни у соціально-правовому статусі жінки, пов'язані із широким залученням останньої до виробничих процесів. Як вказує Д.О. Гніліцкая, вже « …у 1917–1918 роках жінки були повністю зрівняні у правах з чоловіками в усіх сферах громадського та особистого життя». Однією із вихідних засад, проголошеної у перших законодавчих актах радянської влади про шлюб та сім'ю, була рівноправність членів подружжя, « … всебічна охорона інтересів дітей, що декларувались на противагу дореволюційному сімейному праву з його інститутами «чоловічої влади», «батьківської влади» та іншими атрибутами, які принижують достоїнство жінки». Це, у свою чергу, загострило питання кримінально-правової охорони статевої свободи «жінки-трудівника» від начальників та співробітників чоловічої статі.

Слід також зазначити, що розроблені саме радянськими вченими підходи щодо кримінально-правової охорони статевої свободи та недоторканості знайшли своє відображення у чинному КК України, адже система норм, яка була закріплена у радянських кримінальних кодексах,мало чим відрізняється від норм ст. 152 – ст. 155чинного КК України. Вказане стосується й норми про примушування до вступу в статевий зв'язок, яка, вперше з'явившись у КК УСРР 1922 р., стала реальним історичним прототипом діючої ч. 1 ст. 154 КК України.

Як відомо, КК УСРР 1922 р. було затверджено 23 серпня 1922 р. та введено в дію з 15 вересня цього ж року; у ньому злочини проти статевої свободи та недоторканості отримали самостійний статус і були розміщені у главі 4 «Злочини у сфері статевих зносин» розділу V «Злочини проти життя, здоров'я, волі та гідності особи» Особливої частини.

Одразу ж відзначимо, що первинно цей кодекс не містив спеціальної норми про примушування до вступу в статевий зв'язок; разом з тим, безпідставно стверджувати, що така поведінка винного взагалі не була кримінально-караною. Адже дії, які на сьогодні охоплюються ст. 154 КК України, у той час могли кваліфікуватися за іншими статтями як глави 4 «Злочини у сфері статевих зносин», так і інших глав чи розділів Особливої частини КК УСРР 1922 р.

Зокрема, примушування до вступу в статевий зв'язок (незалежно від того, відбувся у подальшому статевий акт чи ні), за наявності певних обставин,могло розцінюватися компетентними органами того часу як перевищення влади (ч. 1 ст. 106 КК УСРР 1922 р.) або ж як його кваліфікований вид – перевищення влади, що супроводжувалося діями, які ображають особисту гідність потерпілого (ч. 1 ст. 106 КК УСРР 1922 р.).Крім того, у випадку примушування потерпілого шляхом застосування психічного насильства з особистих мотивів до зайняття проституцією дії винного кваліфікувалися за ст. 170 цього кодексу; відзначимо також, що кримінальну відповідальність за звідництво, утримання притонів розпусти та вербування жінок для проституції посилювала та обставина, що потерпілий перебував «під опікою» або був «підлеглим» обвинуваченому.

Що стосується примушування до вступу в статевий зв'язок, що мало наслідком статевий акт, то найчастіше такі діяння охоплювалися статтею про згвал-

тування; відповідно до ч. 1 ст. 169 КК УСРР 1922 р. останнім визнавалися «Статеві зносини із застосуванням фізичного чи психічного насильства або шляхом використання безпорадного стану потерпілої особи». Саме ж поняття»психічне насильство» трактувалося науковцями та практиками досить широко – сюди відносили не лише різного роду погрози (застосування фізичного насильства, знищення чи пошкодження майна, розголошення компрометуючих відомостей тощо), але й інші форми психічного впливу, здатні пригнічувати волю потерпілої особи.

У тому випадку, коли винний примушував особу до вступу в статевий зв'язок, однак статевий акт не відбувся з передбачених ст. 14 УСРР 1922 р. причин, його дії могли розцінюватися як замах на зґвалтування і тягнути за собою кримінальну відповідальність згідно ст. 15 цього кодексу – як за « … вчинений злочин, причому відсутність або незначущість шкідливих наслідків посягання можуть бути прийняті до уваги судом при визначенні міри покарання».

Підкреслимо, що діяння, описані у ст. 154 КК України за КК УСРР 1922 р. не могли розглядатися як готування до зґвалтування (зокрема, у формі створення умов для вчинення злочину), оскільки: по-перше, примушування до вступу в статевий зв'язок із використанням матеріальної або службової залежності становило собою «психічне насильство», а тому входило в об'єктиву сторону зґвалтування і розцінювалося як замах на злочин; і, по-друге – відповідно до ст. 12 ККУСРР 1922 р. готування до злочину визнавалося кримінально-караним лише у випадку, якщо становило собою самостійний злочин.

Вперше норма-аналог чинної ч. 1 ст. 154 КК України з'явилася завдяки змінам, внесеним до КК УСРР 1922 р. Всеукраїнським Центральним Виконавчим Комітетом. Його постановою від 10 жовтня 1923 р. «Про зміну та доповнення Кримінального кодексу УСРР» було введено ст. 169-1 з наступним формулюванням: «Примушування жінки до вступу у статевий зв'язок особою, від якої жінка є матеріально або по службі залежною, карається – покаранням, передбаченим ст. 169» (позбавлення волі до трьох років).

Аналогічне формулювання диспозиції статті зберіг також КК УСРР 1927 р. Відмінності ж стосувалися лише структурної частини КК, де розміщувалася ст. 165 (відомо, що у КК УСРР 1927 р. усі злочини проти статевої свободи та недоторканості містилися у главі VI «Злочини проти життя, здоров'я, свободи і гідності особи») та санкції, яка стала ще суворішою – « … позбавлення волі на строк до п'яти років».

Потрібно відзначити, що цитована редакція статті вже тоді породила чимало дискусій серед науковців; так, подив викликав момент закінчення злочину, який принципово відрізнявся від моменту закінчення більшості інших посягань на статеву свободу та недоторканість. Зокрема, А.А. Жижиленко, ігноруючи конструкцію диспозиції статті, переконував: «Злочинна дія … характеризується як спонукання, тобто як примушування до вступу у статеві зносини; але для складу злочину важливо, щоб статеві зносини дійсно відбулися, оскільки це діяння становить собою лише різновид загального поняття недобровільного перелюбства».

В. Натансон справедливо вказував на те, що « … не виключається можливість такого ж використання залежності і з боку жінки відносно чоловіка. То-

му до переслідуваних випадків використання залежності слід віднести і примушування до вступу в статевий зв'язок відносно осіб чоловічої статі». Цікаво відзначити, що одним із способів подолання цієї прогалини вчений вбачав у застосуванні аналогії.

Як вважав П.І. Люблінський: «При усій широті … понять матеріальної та службової залежності, доводиться відзначити, що вони все ж не охоплюють усіх відносин соціальної залежності, які потребують охорони. Закон не згадує про випадки сімейної залежності, до яких можуть бути зараховані відносини батьків (рідних і прийомних) з їхніми більш дорослими дітьми, опікунів, приватних вихователів тощо». «Іншим бажаним доповненням, – на думку цього вченого, – було б правило, яке передбачає використання з метою статевих зносин або розпусних дій слабкості осіб, які страждають розумовими дефектами, недорозвитком, ідіотизмом».

Неточним потрібно визнати і формулювання діяння у аналізованому складі злочину, яке не давало однозначної відповіді на просте питання: чи охоплюється цим складом примушування до вступу в статевий зв'язок неприроднім способом ? Більшість дослідників позитивно відповідали на дане питання; однак, спірність такого підходу обумовлював вже той факт, що у відповідній статті КК РСФРР 1926 р. (ст. 154) йшлося про примушування жінки до вступу не лише в статевий зв'язок, але й до « … задоволення статевої пристрасті у іншій формі … ».

Крім того, дивує підхід тогочасного законодавця щодо караності примушування до вступу в статевий зв'язок, особливо, у порівнянні з згвалтуванням: за обидва злочини передбачалося однакове покарання (позбавлення волі на строк до п'яти років), хоча різниця у суспільній небезпеці цих злочинів є очевидною і обумовлена не лише моментом їх закінчення, але й характером способів впливу на потерпілу особу. Зазначимо, що таким рішенням фактично було поставлено знак рівності між замахом на зґвалтування (адже, як вказувалося вище, саме примушування до вступу в статевий зв'язок у абсолютній більшості випадків по своїй суті утворювало замах на зґвалтування) та закінченим зґвалтуванням; разом з тим, такий підхід відповідав ст. 16 КК УСРР 1927 р., де вказувалося, що замах на злочин карається на рівні із закінченим злочином.

У зв'язку з наведеним, важко погодитися із М.Д. Шаргородським, який у 1953 р. спробував розмежувати примушування до вступу в статевий зв'язок і згвалтування: «Від згвалтування розглядуваний склад злочину відрізняється тим, що при зґвалтуванні статеві зносини здійснюються у результаті застосування фізичного або психічного насильства, а при примушуванні жінки до вступу в статевий зв'язок – шляхом використання матеріальної або службової залежності». На наш погляд, віднайти змістовну різницю між «психічним насильством» та «примушуванням із використанням матеріальної чи службової залежності» неможливо, а тому повністю розмежувати склади зґвалтування та примушування до вступу в статевий зв'язок за КК УСРР 1927 р. було неможливо.

КК УРСР 1960 р. кардинальних змін до норми про примушування до вступу в статевий зв'язок не вніс;ст. 119 містилася у главі ІІІ «Злочини проти життя, здоров'я, свободи та гідності особи» цього кодексу і формулювалася на-

ступним чином: «Примушування жінки до вступу в статевий зв'язок особою, щодо якої жінка матеріально або по службі залежна, – карається позбавленням волі на строк до одного року або виправними роботами на той же строк». Тому недоліки, які були притаманні відповідній статті кодексу-попередника збереглися, а єдина позитивна зміна стосується пом'якшення санкції за цей злочин.

Підсумовуючи викладене, можна зробити наступні висновки:

1. У первинній редакції КК УСРР 1922 р. не існувало спеціальної норми, яка б передбачала відповідальність за примушування до вступу в статевий зв'язок, хоча абсолютна більшість таких діянь охоплювалася іншими статтями цього КК (зокрема, вчинене містило усі ознаки замаху на згвалтування). Така норма з'явилася у 1923 р., коли КК УСРР 1922 р. було доповнено ст. 169-1.

2. Починаючи з 1923 р. і до здобуття у 1991 р. Україною незалежності диспозиція статті КК УСРР та КК УРСР, яка передбачала відповідальність за примушування до вступу в статевий зв'язок, змістовно не змінювалася, містила в собі значну кількість недоліків(невдале визначення потерпілого, суперечливе формулювання діяння, безпідставне обмеження кола способів вчинення злочину тощо).

3. У радянський період законодавець неодноразово змінював свою позицію щодо караності примушування до вступу в статевий зв'язок: позбавлення волі на строк до одного року або виправні роботи на той же строк (КК УРСР 1960 р.); позбавлення волі на строк до трьох років (КК УСРР 1922 р.); позбавлення волі на строк до п'яти років (КК УСРР 1927 р.). Ця обставина свідчить про невизначеність законодавця УСРР та УРСР щодо критеріїв оцінки суспільної небезпеки примушування до вступу в статевий зв'язок, суперечливе розуміння останнім кримінально-правової природи та призначення відповідної норми.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ЗА КК УКРАЇНИ

В. Бурдін

Львівський національний університет імені Івана Франка

У вітчизняному кримінальному законодавстві упродовж тривалого часу поряд із положеннями про стадії вчинення злочину законодавець розміщує положення, які стосуються інституту добровільної відмови від вчинення злочину. Ще у XIX столітті М.С. Таганцев обґрунтовував необхідність існування положень про добровільну відмову, які виключають кримінальну відповідальність особи, незалежно від наявності в її діяннях складу незакінченого злочину тим, що держава зацікавлена стимулювати почуття каяття, жалю, які при добровільній відмові, як правило, є домінуючими мотивами припинення вчинення злочи-

© Бурдін В., 2014

ну. Адже від застосування до винної особи покарання держава в результаті очікує вияву таких же мотивів, які зумовлюватимуть подальшу законослухняну поведінку особи. Отож, вважав вчений, можна стверджувати, що особа, яка з власної волі припинила подальше вчинення злочину, не становить суспільну небезпеку і не потребує застосування заходів кримінальної відповідальності. Разом з тим, питання про правову природу, ознаки, а також кримінально-правове значення добровільної відмови залишаються одними з найбільш дискусійних в науці кримінального права.

Значною мірою проблема про правову природу добровільної відмови зумовлюється законодавчими формулюваннями відповідних положень. Адже, з одного боку, вказується, що добровільна відмова можлива на стадії готування до злочину чи замаху на злочин, що дає підстави стверджувати, що діяння особи до добровільної відмови є незакінченим злочином, що випливає з назви ст. 17 КК України «Добровільна відмова при незакінченому злочині». Крім того, в ч. 2 ст. 17 КК України йдеться про те, що особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад *іншого* злочину (виділено В.Б.). Відтак законодавець визнає, що в діяннях особи до добровільної відмови є склад злочину. З огляду на це деякі вчені вважають, що добровільна відмова є самостійною підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності (Ю.В. Баулін, В.О. Навроцький). Проте, з іншого боку, наведене положення дозволяє зробити протилежний висновок, адже йдеться про те, що особа, яка добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця, *не підлягає* кримінальній відповідальності, а, отже, в її діяннях склад злочину відсутній. З огляду на такий висновок інші вчені вважають, що при добровільній відмові особа взагалі не підлягає кримінальній відповідальності (М.І. Бажанов).

В цьому контексті не можемо погодитися з позицією Н.В. Маслак, яка зазначає, що законодавче положення, передбачене в ст. 17 КК України, про те, що при добровільній відмові особа не підлягає кримінальній відповідальності, може охоплювати і випадки звільнення від кримінальної відповідальності, і виключення такої відповідальності. Вважаємо, що треба термінологічно чітко позначати кримінально-правові наслідки вчинення особою діяння, в якому відсутній склад злочину, і діяння, яке містить ознаки складу злочину. В першому випадку особа не підлягає кримінальній відповідальності. В другому – особа підлягає кримінальній відповідальності, проте може бути за певних умов звільнена від неї.

Лише на перший погляд вказана дискусія має винятково теоретичний характер і позбавлена практичного значення. Здавалося б, яка різниця для особи, яка добровільно відмовилася від вчинення злочину, чи є в її діяннях склад злочину, чи його немає, адже в будь-якому випадку вона уникне кримінальної відповідальності, – така позиція законодавця. Однак таке твердження було би не до кінця правильним. Річ у тому, що у випадку, коли в діяннях особи відсутній склад злочину і вона не підлягає кримінальній відповідальності, кримінальне провадження щодо неї відповідно до п. 2, ч. 1 ст. 284 КПК України підлягає закриттю, про що слідчий чи прокурор приймає постанову. Якщо в діяннях особи,

яка добровільно відмовилася від вчинення злочину, є склад незакінченого злочину, то може йтися лише про звільнення від кримінальної відповідальності, яке відповідно до ст. 286 КПК України здійснюється виключно судом. Тобто з процесуальної точки зору процедура звільнення від кримінальної відповідальності більш обтяжена для особи, навіть якщо йдеться про так звані імперативні види звільнення.

Окрім суто процесуальних моментів, не треба забувати також і про принципово різні кримінально-правові наслідки вчинення особою діяння, яке містить склад злочину, і діяння, в якому склад злочину відсутній. В першому випадку навіть для звільнення від кримінальної відповідальності необхідно формально довести винуватість особи у вчиненому нею злочині, чого, зрозуміло, не вимагається в тих випадках, коли склад злочину відсутній. І в цьому контексті цілком правильно формулює основні підходи до вирішення цієї проблеми Н.В. Маслак, яка вважає, що для її вирішення необхідно насамперед з'ясувати питання про те, чи є у фактично вчиненому діянні особи до добровільної відмови склад злочину, тобто чи її попередні діяння злочинні за суттю.

Обґрунтовуючи виключення кримінальної відповідальності при добровільній відмові, М.І. Бажанов зазначав, що факт відмови сам собою свідчить про зникнення суспільної небезпеки і особи, і вчиненого нею до відмови діяння, крім того, у таких випадках у вчиненому особою діянні відсутній склад злочину. О.О. Дудоров вважає за необхідне наголосити на некоректності вказівки на те, що у поведінці особи, яка надалі добровільно відмовляється від доведення злочину до кінця, існує склад незакінченого злочину. Як вважає вчений, через принципову різницю у причинах завершеності (припинення) протиправної поведінки незакінчений злочин і добровільна відмова – поняття-антиподи, які мають виключати одне одного. Тому добровільна відмова має відбутись до моменту наявності у поведінці особи і закінченого, і незакінченого злочину. При цьому розташування у КК України статті, присвяченої добровільній відмові, відразу після статей, в яких йдеться про незакінчений злочин та його різновиди, на думку О.О. Дудорова, можна виправдати хіба що прагматичними міркуваннями – зручністю юридичного аналізу цих різних і водночас пов'язаних між собою інститутів Загальної частини кримінального права.

Протилежної позиції дотримуються ті науковці, які вважають, що в діяннях особи до добровільної відмови є склад незакінченого злочину, який є формальною підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Так, зокрема, на думку Н.В. Маслак, законодавчі формулювання в ст. 17 КК України про те, що добровільна відмова можлива на стадії готування та замаху на злочин, а також про те, що добровільною відмовою співучасників відповідно до ч. 2 ст. 31 КК України визнається своєчасне повідомлення про злочин, що готується або вчиняється, дозволяють зробити однозначний висновок про те, що до добровільної відмови суб'єкт вчиняє діяння, яке містить склад готування чи замаху. З огляду на це вчена підтримує думку Ю.В. Бауліна про те, що у випадку добровільної відмови треба говорити про самостійний вид звільнення від кримінальної відповідальності, який має специфічні передумову та підставу.

На наш погляд, більш обґрунтована позиція, згідно з якою в діянні особи до добровільної відмови є склад незакінченого злочину – готування чи замаху, залежно від того, на якій саме стадії особа припинила свою злочинну діяльність. Адже причини припинення вчинення злочину не можуть вплинути на об'єктивні та суб'єктивні ознаки фактично вже вчиненого особою діяння, яке відбулося до його припинення. Іншими словами, той факт об'єктивної дійсності, що особа у свій час розпочала вчинення злочину і фактично вчинила певні суспільно небезпечні діяння, спрямовані на реалізацію її злочинного наміру, не можуть змінити чи відмінити жодні причини подальшого припинення вчинення злочину. Ці причини можуть мати значення лише для вирішення питання про кримінальну відповідальність особи за фактично вчинене нею діяння. В тих випадках, коли подальша реалізація злочинного наміру була припинена з причин, які не залежали від волі винного, є всі підстави притягувати особу до кримінальної відповідальності за незакінчений злочин. Натомість, коли реалізація злочинного наміру була припинена з волі самого винного, законодавець вважає за можливе «простити» вчинені ним діяння і не застосовувати до особи заходи кримінально-правового впливу. Принагідно зауважимо, що саме ці аргументи ми вважаємо основою для обґрунтування позиції про недоцільність розмежування поняття стадій вчинення злочину та видів незакінченого злочину.

Отже, вважаємо, що з урахуванням того, що діяння, вчинені особою до добровільної відмови, містять ознаки незакінченого злочину, є всі підстави для того, щоб відносити добровільну відмову до самостійного виду звільнення від кримінальної відповідальності. Що ж до аргументів, які наводили вчені для обґрунтування позиції про те, що за діяння, вчинені до добровільної відмови, особа взагалі не підлягає кримінальній відповідальності, то, на нашу думку, вони повною мірою можуть бути використані для обґрунтування існування самостійного виду звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з добровільною відмовою. Тобто про особу, яка з власної волі припинила реалізацію злочинного наміру, справді, можна сказати, що вона припинила бути суспільно небезпечною, щоправда, така зміна її свідомості не впливає на фактично вчинене нею діяння і не може відмінити його суспільну небезпеку. Відтак істотною ознакою, яка дає підстави законодавцю відмовитися від застосування до особи, яка добровільно відмовилася від вчинення злочину, заходів кримінальної відповідальності, є факт втрати такою особою суспільної небезпеки внаслідок припинення подальшої реалізації свого злочинного наміру. Саме завдяки цьому вдається запобігти заподіянню шкоди об'єкту кримінально-правової охорони, яка спершу охоплювалася наміром винного. В цьому контексті необхідно наголосити, що добровільну відмову потрібно розглядати як різновид позитивної посткримінальної поведінки і в жодному разі не протиставляти ці поняття.

Що ж до структурного розміщення вказаного виду звільнення від кримінальної відповідальності, ми погоджуємось із позицією О.О. Дудорова, який висловив певні застереження щодо розташування статті про добровільну відмову в розділі, який присвячений стадіям злочину. Вважаємо, що йдеться про загальний вид звільнення від кримінальної відповідальності, який теоретично може бути засто-

сований до будь-якого злочину, незалежно від особливостей конструкції його складу. З огляду на це є всі підстави для того, щоб названий вид звільнення від кримінальної відповідальності був розміщений в розділі, який безпосередньо присвячений загальним видам звільнення від кримінальної відповідальності.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ОПОСЕРЕДКОВАНОГО ВИКОНАННЯ ЗЛОЧИНУ В ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

І. Гриниха
Львівський національний університет імені Івана Франка

Розширення змісту поняття виконавця злочину у Кримінальному кодексі України 2001 року (далі – КК) стало закономірним результатом теоретичних напрацювань і пропозицій. Вперше на законодавчому рівні визнано виконавцем злочину не лише особу, яка безпосередньо вчинила злочин, але й ту, що у співучасті з іншими суб'єктами злочину шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила злочин (ч. 2 ст. 27 КК).

І хоча ця законодавча новела є результатом багатолітніх теоретичних досліджень, на сьогоднішній день ряд питань залишаються спірними, що, очевидно, не сприяє й однаковому та правильному правозастосуванню (кримінально-правовій кваліфікації, призначенню покарання тощо). Оскільки першим кроком у виробленні власної позиції та пропозицій розв'язання проблемних питань є дослідження уже напрацьованих наукою підходів, нашою метою буде проаналізувати деякі із них.

Так, на сьогоднішній день немає єдиного розуміння змісту наведеного вище законодавчого положення, зокрема кола осіб, які можуть бути використані для вчинення злочину.

У науково-практичних коментарях до КК України, навчальній літературі, ряді наукових праць, в яких дається тлумачення законодавчої новели, традиційно до випадків опосередкованого виконання відносяться використання для вчинення злочину: 1) осіб, які не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність (ст. 22 КК); 2) осіб, які є неосудними (ст. 19 КК); 3) осіб, які діють під впливом фізичного чи психічного примусу, що зумовило стан крайньої необхідності (ч. 2 ст. 40 КК); 4) особи, яка виконала злочинний наказ чи розпорядження, якщо вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати злочинного характеру такого наказу чи розпорядження (ч. 5 ст. 41 КК). П.П. Андрушко відносить до випадків опосередкованого виконання також використання необережних дій

© Гриниха І., 2014

особи, яка виконала злочинний наказ чи розпорядження, не усвідомлюючи його незаконності, хоч повинна була це усвідомлювати. А М.І. Мельник вважає, що про опосередкованого виконавця можна вести мову не лише при використанні осіб, які в силу певних обставин, передбачених законом, *взагалі* не підлягають кримінальній відповідальності за вчинене (через неосудність чи недосягнення особою віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність), а й тих обставин, за яких особа *за вчинення даного злочину* не може бути притягнута до кримінальної відповідальності (якщо це злочин зі спеціальним суб'єктом).

Що стосується використання особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність за вчинення злочину, то тут слід взяти до уваги дві обставини: недосягнення віку, коли відповідальність не може наставати в принципі за будь-яке вчинене суспільно небезпечне діяння, та ті випадки, коли відповідальність диференціюється з урахуванням віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за певне посягання. Щодо останнього випадку, в теорії кримінального права немає єдиного підходу до оцінки вчиненого. Одні науковці вважають, що в таких випадках має місце співучасть у злочині, коли дії співучасників одного і того ж посягання кваліфікуються за різними статтями Особливої частини КК (О.В. Навроцький), інші вказують на наявність опосередкованого вчинення злочину, за якого використана особа несе кримінальну відповідальність за те суспільно небезпечне діяння, ознаки складу якого наявні в її діянні (Б.А. Курінов). Як зазначає В.О. Навроцький, вік є ознакою, що характеризує особу співучасника, й тому не може впливати на кваліфікацію діянь інших співучасників. Тому співучасники одного і того ж злочину можуть нести відповідальність за різними статтями Особливої частини КК. Діяння особи, яка не досягла встановленого законом віку, мають кваліфікуватися за відповідною статтею Особливої частини про злочин, стосовно якого досягнуто відповідного віку. Щодо тих співучасників, які досягли віку, з якого може наставати відповідальність за фактично вчинене ними діяння, то правова оцінка їх дій має здійснюватися за статтями Особливої частини КК, що передбачають злочин, склад якого вони фактично виконали, «об'єктивні і суб'єктивні ознаки якого є у їх посяганні». При цьому, зазначає В.О. Навроцький, правова оцінка дій тих співучасників, котрі не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, до уваги не береться.

Цікаво, що хоча Б.А. Курінов вказує, що в таких випадках немає співучасті у тому злочині, для вчинення якого був використаний неповнолітній, але вважає, що він повинен нести відповідальність за злочин, за вчинення якого передбачена відповідальність з того віку, якого він вже досягнув, з урахуванням положень про співучасть у злочині (залежно від тієї ролі, яку він виконував при вчиненні злочину його дії можуть бути кваліфіковані із посиланням на статтю Загальної частини, яка визначає види співучасників, а якщо він був виконавцем, то кваліфікація здійснюється без такого посилання).

Внутрішньо суперечливою є позиція М.Й. Коржанського, який, з одного боку, цілком правильно вказує, що співучасті немає там, де діючі особи не мають властивостей суб'єкта (малолітні, неосудні), а з другого, стверджує, що при вчи-

ненні злочину при використанні допомоги неповнолітнього, який іще не досяг віку кримінальної відповідальності, може виникнути співучасть, якщо ця особа уже спроможна надати значну допомогу.

Отже, як бачимо, є принаймні три різні підходи до оцінки дій суб'єкта злочину і використаної ним для вчинення злочину особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність саме за запланований злочин.

Чи підпадає під ознаки опосередкованого виконання використання для вчинення злочину осіб, що вчиняють суспільно небезпечне діяння через необережність, – наступне питання, на яке не дає однозначної відповіді кримінально-правова наука. Як зазначалося вище, деякі українські науковці тлумачать положення ч. 2 ст. 27 КК таким чином, що до опосередкованого виконання відносяться випадки використання осіб, які вчиняють суспільно небезпечні діяння через необережність. Але обґрунтування таких позицій ми не знаходимо.

Інші ж науковці, навпаки, не заперечуючи, що за своєю суттю використання необережності інших осіб є опосередкованим виконанням, вважають, що такий спосіб вчинення злочину не знайшов свого законодавчого врегулювання, а отже, існує прогалина, яку необхідно усунути (Д.П. Альошин, В.В. Питецький).

Як правило, необхідність визнання таких випадків опосередкованим виконанням обґрунтовується відсутністю співучасті у злочині, оскільки одна із осіб діє через необережність (А.Н. Трайнін, О.К. Гамкрелідзе, А.А. Тер-Акопов). Як зазначив Ф.Г. Бурчак, «оскільки необережної вини виконавця для співучасті недостатньо, підбурювач і тут буде розглядатися як посередній виконавець, який вчинив злочин шляхом використання іншої особи. Інша справа, що виконавець, який діє з необережності, може бути притягнутий до відповідальності за необережний злочин».

Ряд науковців, навпаки, заперечують опосередковане виконання в такому випадку. Як аргумент – відсутність причинного зв'язку між діями суб'єкта, який використовує необережність іншої особи, і поведінкою останньої (Н.М. Ярмиш). Автор стверджує, що при опосередкованому вчиненні злочину не може бути двох виконавців. Обман лише обумовив легковажну поведінку введеної в оману особи, але не був її причиною (має місце невибачальна помилка). Тобто, Н.М. Ярмиш вбачає опосередкований причинний зв'язок, а отже, і опосередковане вчинення злочину там, де дії суб'єкта є причиною поведінки іншої особи, а не її умовою. Як підсумок: усі випадки опосередкованого вчинення злочину об'єднує те, що дії виконавця служать саме причиною, а не умовою прийняття рішення діяти; тому й не підлягає відповідальності той, чиїми руками безпосередньо були вчинені суспільно небезпечні діяння.

Із вищенаведеними частково збігаються аргументи А.П. Козлова, який також вважає, що в такій ситуації при одному діянні і одному наслідку, що причинно пов'язані, двох виконавців бути не може, навіть якщо інша особа діяла умисно. Саме цей виконавець і відповідає за вчинене як автор злочину. Другий аргумент науковця є результатом реанімованої ним концепції необережної співучасті у злочині: в таких випадках не виключається необережна співучасть, де відповідним чином розподілені ролі. Проте останній аргумент автора не узгоджується із чинним кримінальним законом.

І зовсім інший підхід відстоював свого часу М.С. Таганцев, який вважав, що опосередковане виконання не виключається, коли використана особа буде притягнута до кримінальної відповідальності за необережне вчинення злочину, оскільки необережна діяльність особи не перериває причинного зв'язку між діями того, хто схилив до такої поведінки винного, і злочинним наслідком.

Дискусійним в наукових колах є питання співвідношення опосередкованого виконання зі співучастю у злочині, а саме: чи є опосередкованим виконанням використання спеціальним суб'єктом злочину для виконання об'єктивної сторони особи, яка не характеризується необхідними спеціальними ознаками (загального суб'єкта злочину). Переважна більшість науковців відносять такі випадки до опосередкованого виконання, яке одночасно становить співучасть у злочині зі спеціальним суб'єктом. Вважається, що такий спеціальний суб'єкт, який сам безпосередньо злочину не вчиняв, повинен нести відповідальність як виконавець злочину за правилом про опосередковане виконання, а використана ним особа – як пособник у вчиненні цього злочину, оскільки такі дії є сприянням у вчиненні злочину (С.С. Аветисян, Х.М. Ахметшин, А.А. Арутюнов, С.І. Дячук та ін.).

Видається, що оцінка дій загального суб'єкта як пособника у злочині зі спеціальним суб'єктом призводить до розширення поняття пособника, що не відповідає його юридичній природі і визначеним законом функціям. Адже вчинення таких дій не охоплюється жодним із видів пособництва, вичерпний перелік яких міститься у ч. 5 ст. 27 КК України. Крім цього, в кримінально-правовій доктрині загальновизнаним (аксіомою) є твердження, що пособник – це особа, яка не бере безпосередньої участі у вчиненні дій, що утворюють об'єктивну сторону вчиненого злочину.

Інший підхід до оцінки дій загального суб'єкта, не ставлячи під сумнів наявність в таких випадках опосередкованого виконання, пропонує В.В. Питецький: він повинен відповідати як виконавець злочину за загальною нормою, а спеціальний суб'єкт – як опосередкований виконавець злочину за нормою спеціальною. Правда, науковець визнає, що такий підхід не має під собою юридичного підґрунтя, а тому вважає за доцільне змінити законодавче визначення поняття виконавця злочину в частині опосередкованого виконання, а саме: вказати на використання для вчинення злочину осіб, які підлягають відповідальності за іншими статтями кримінального закону.

Друга група науковців, на підставі буквального тлумачення норми КК, категорично заперечує наявність опосередкованого виконання у таких випадках. У цій ситуації пропонується два варіанти кримінально-правової оцінки дій. Перший полягає в оцінці дій винних як співучасті у злочині із загальним суб'єктом, за статтею КК, що містить загальну норму. Наприклад, якщо військовослужбовець з мотивів помсти своєму командирові схилив до насильства над ним цивільну особу, то остання повинна нести відповідальність не за пособництво у вчиненні військового злочину, а як виконавець злочину проти особи, а військовослужбовець – за підбурювання до злочину проти особи. В.Г. Павлов вважає, що така кваліфікація не лише не суперечить нормам закону, але й більш правильно відповідає смислу і логіці КК. На думку О.В. Ус,

інше вирішення цього питання не має під собою жодних правових підстав. Другий варіант запропонований С.Ф. Мілюковим. Оскільки в даному випадку, за твердженням науковця, є всі ознаки співучасті у злочині зі спеціальним суб'єктом, він пропонує шляхом внесення змін у кримінальний закон визнати можливість за особою, не наділеною ознаками спеціального суб'єкта, виступати не лише в ролі організатора, підбурювача чи пособника, але й виконавця (співвиконавця) злочину. Такий підхід, вважає автор, більш правдиво відображає реальну роль особи у вчиненні такого роду злочинів, дозволяє врахувати сучасну кримінологічну реальність, оскільки спеціальні суб'єкти свідомо залишаються при вчиненні злочинів на другому чи третьому плані, надаючи перевагу діяти «чужими руками». Але, думаємо, в такому випадку закономірно залишається проблема обґрунтування безпосереднього заподіяння шкоди об'єкту кримінально-правової охорони особою, яка не є суб'єктом «спеціальних» відносин.

Отже, як бачимо, незважаючи на законодавче визначення поняття виконавця злочину із віднесенням до нього як одного із видів опосередкованого виконавця, ряд проблем залишаються дискусійними, потребують подальших наукових досліджень із виробленням пропозицій для практики застосування кримінального закону.

ПРИЧИНИ, ВНАСЛІДОК ЯКИХ ЗЛОЧИН НЕ БУЛО ДОВЕДЕНО ДО КІНЦЯ, ЯК КРИТЕРІЙ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН

Ю. Гуменюк
Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із спеціальних правил призначення покарання за незакінчений злочин, яким законодавець конкретизує такий критерій загальних засад призначення покарання як ступінь тяжкості вчиненого злочину, є врахування причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця (ч. 1 ст. 68 КК України).

Треба зазначити, що взаємопов'язаними і такими, що створюють цілісне уявлення про картину незакінченого злочину є такі спеціальні критерії призначення покарання за незакінчений злочин як ступінь здійснення злочинного наміру та причини, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця. Адже, вступом у дію, на певному етапі здійснення злочинного наміру, причин, внаслідок яких переривається реалізація такого наміру особи щодо вчинення задуманого злочину, власне й досягається своєрідна «стеля», на рівні якої визначається ступінь здійснення злочинного наміру особи. Відображаючи конститутивні ознаки незакінченого злочину, ці критерії слугують визначенню сталої оцінки суспіль-

© Гуменюк Ю., 2014

ної небезпечності вчиненого готування до злочину чи замаху на злочин, і за жодних умов не можуть розглядатися як такі, що пом'якшують чи обтяжують покарання обставини. Більше того, як зазначала Н.Ф. Кузнецова, сам по собі факт ненастання злочинного результату, оскільки при готуванні та замаху він не настає з незалежних від особи обставин, не може розглядатися як обставина, що обов'язково пом'якшує вину, а тим більше як підстава для призначення покарання нижче від найнижчої межі [Див. тут і далі: Кузнецова Н.Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву / Избранные труды. – СПб., 2003. – 834 с.]. Тобто, по суті, обґрунтування тодішньої законодавчої позиції щодо рівнокараності закінченого та незакінченого злочину, відбувалось і у контексті розгляду причин недоведення злочину до кінця.

У той же час, різноманітність чинників, явищ та процесів, через які знаходять своє конкретне вираження причини, внаслідок яких не було продовжено чи зреалізовано злочинний намір особи (саме таке формулювання найбільш точно відповідає правовій природі незакінченого злочину як злочину sui generis, що характеризується перерваністю у реалізації злочинного наміру особи), призводить й до різного їх впливу на ступінь суспільної небезпечності незакінченого злочину.А це, у свою чергу, напряму позначається й на виборі міри покарання особі, визнаній винуватою у вчиненні готування до злочину чи замаху на злочин. Отож, виокремлення цього критерію при призначенні покарання за незакінчений злочин дозволяє суду індивідуалізувати покарання, зважаючи на те, що при вчиненні одних й тих же діянь при незакінченому злочині, причини, через які його було перервано, не однакові за своєю природою і значенням для оцінки суспільної небезпечності як злочину, так і особи винного [Див.: Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – 712 с. – С. 535].

Традиційним у науковій літературі є поділ причин, через які особі не вдається реалізувати свій злочинний намір,на причини об'єктивні та причини суб'єктивні. Однак, така термінологія сприймається вченими-криміналістами неоднозначно, оскільки, вона не зовсім точно відображає той зміст який вкладається у ці поняття. Адже, усі без винятку причини, які перешкодили особі вчинити злочин, відносно її волі, завжди носять об'єктивний характер. У випадку, коли ці причини відносно волі є суб'єктивного характеру, то йтиметься про добровільну відмову як самостійний кримінально-правовий інститут. Так, згідно з ч. 1 ст. 15 КК України, замах на злочин матиме місце за наявності усіх інших необхідних ознак лише тоді, коли злочин (*той, який особа мала намір вчинити – Ю.Г.*) не було доведено до кінця з причин, що не залежали від її волі. Про перерваність з причин, що не залежать від волі винного, як про необхідну умову кримінальної відповідальності за вчинення готування до злочину, хоч і не йдеться у ст. 14 КК України, якою визначено форми готування та межі кримінальної відповідальності за його вчинення, проте такого висновку можна дійти із положення ч. 1 ст. 17 КК України, у якій визначено ознаки добровільної відмови, та, власне, із положення ч. 1 ст. 68 КК України, якою регламентовано спеціальні правила призначення покарання за незакінчений злочин.

Зважаючи на те, що відносно сутнісних ознак поняття причин недоведення злочину до кінця у науковців розбіжностей не виникає, то термінологічні суперечки, на думку російського вченого-криміналіста Є.В. Благова, можна вирішити, якщо так звані об'єктивні причини (втручання сторонніх осіб, дія сил природи, машин чи механізмів) назвати зовнішніми (неособистісними), а суб'єктивні (нерішучість чи недосвідченість тощо) – особистісними (внутрішніми) [Див. тут і далі: Благов Е.В. Применение уголовного права (теория и практика). – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 505 с.]. Особливих заперечень наведена пропозиціяне викликає, але якщо вже одні причини називати зовнішніми (неособистісними), тоді й другі треба називати,відповідно, внутрішніми (особистісними).

Під об'єктивними (зовнішніми) причинами, внаслідок яких реалізацію злочинного наміру не було продовжено або завершено, розуміють ті з них, які виступають як випадковий збіг обставин, а під суб'єктивними (внутрішніми) – ті, що пояснюються недосвідченістю, неумілістю суб'єкта, його нерішучістю тощо, тобто значною мірою обумовлюються особистими якостями суб'єкта злочину. Відповідно до такого поділу пропонується висновок, що причини суб'єктивні більшою мірою, ніж причини об'єктивні впливають на зниження міри покарання. При всьому критичному ставленні до самого позначення відповідних груп причин, все ж зауважимо, що у запропонованих визначеннях вказаних видів причин простежується важлива думка, яка полягає у тому, що відмінність між ними може полягати, з одного боку, у їх випадковості, а з іншого боку, у їх прогнозованості чи, навіть, неминучості.

Не випадково, Є.В. Благов, зазначає, що особистісні причини, які випливають із особливостей суб'єкта незакінченого злочину, закономірно впливають на недоведення злочину до кінця, тоді як неособистісні, що випивають із оточуючої суб'єкта незакінченого злочину обстановки, випадково впливають на недоведення злочину до кінця. Відтак, на думку цього вченого, особистісні причини є показниками меншої порівняно із зовнішніми причинами суспільної небезпечності особи, що вчинила незакінчений злочин, і за наявності інших рівних умов, наявність перших повинна тягнути менш суворе покарання, ніж останніх.

Однак, по перше, викликає зауваження чому робиться акцент на тому, що наявність тих чи інших причин, що перешкодили реалізації злочинного наміру особи, є показниками власне лише суспільної небезпечності особи, а не самого незакінченого злочину. Адже, якщо оцінювати причини, через які особі не вдалось вчинити задуманий злочин, з позицій їхнього впливу саме на ступінь суспільної небезпечності особи, то нам лише доведеться у кожному випадку констатувати те, що особа, так чи інакше, вчинила певні прорахунки при вчиненні злочину, які не дозволи їй досягти бажаного злочинного результату. Якщо ж допуск таких прорахунків виявиться обумовлений певними характерними особливостями особи винного, то ці особливості мають бути взяті до уваги при дотриманні такої загальної засади призначення покарання як врахування особи винного. По суті, це означає, що значення для оцінки суспільної небезпечності особи, яка вчинила незакінчений злочин, мають лише ті причини недоведення злочину до кінця, які обумовлені особистісними властивостями (характеристи-

ками) суб'єкта злочину. Але навіть у випадку такого хрестоматійного прикладу, у якому йдеться про особу, яка намагається отруїти іншу особу через своє невігластво засобами, які не мають і не можуть мати отруйних властивостей, оцінка суспільної небезпечності злочину не може підмінюватись оцінкою суспільної небезпечності особи винного.По друге, навряд чи можна беззастережно погодитися з твердженням, що ті причини, які пов'язані із особливостями самої особи винного, завжди свідчитимуть про меншу суспільну небезпечність такої особи, не кажучи вже про суспільну небезпечність незакінченого злочину. Так, непоцілення у жертву з далекої відстані через проблеми із зором у суб'єкта злочину не видається менш суспільно небезпечним замахом на вбивство, ніж, коли таке ж непоцілення з достатньої для його зору відстані має місце внаслідок вдалого захисного маневру потерпілого, який, наприклад, маючи відповідний досвід (колишній охоронець, учасник бойових дій тощо), добре знає як поводитися у таких ситуаціях. Тому можна погодитися із О.О. Дудоровим, який вважає далеко небезспірною тезу про обов'язковість пом'якшення покарання за незакінчений злочин, якщо причини, внаслідок яких реалізацію злочинного наміру особи не було продовжено чи завершено, носять суб'єктивний характер [Див.: Дудоров О.О. Спеціальні засади призначення покарання / О.О. Дудоров // Слово національної школи суддів України. – № 1 (1). – 2012. – С. 121–130].

На нашу думку, визначальним при врахуванні причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, як критерію призначення покарання за незакінчений злочин, є все ж не джерело їхнього походження, а оцінка того, наскільки ймовірнісним при вчиненні конкретного незакінченого злочину було настання та дії тієї чи іншої причини (чи причин), що перешкодила особі реалізувати її злочинний намір. Відповідно, чим вищою була ймовірність настання причини недоведення злочину до кінця,тим меншою є суспільна небезпечність такого незакінченого злочину у порівнянні і з таким же незакінченим злочином, у якому настання причини, що не дозволила винному реалізувати його злочинний намір, було менш ймовірним. Наприклад, промах особи при спробі вбивства, яка не маючи жодних навичок стрільби із вогнепальної зброї, має визнаватися більш ймовірним, ніж промах особи, яка має хоча б мінімальні навички користування вогнепальною зброєю. Відповідно, за наявності усіх інших рівних умов, особі, яка вчинила незакінчений злочин, переривання якого відбулося через причини, настання яких було малоймовірним, має бути призначене більш суворе покарання, ніж у випадку, коли злочинний намір особі не вдалось реалізувати через причини, ймовірність настання яких була високою.

Прикметно, що дотримання такого підходу щодо оцінки причин недоведення злочину до кінця при призначенні покарання за незакінчений злочин, не суперечить, а, навпаки, повністю узгоджується із іншими пропозиціями щодо їх оцінки, висловленими у науковій літературі. Так, зокрема Є.В. Благов, аналізуючи врахування причин недоведення злочину до кінця за кількісними параметрами, приходить до висновку, що чим більше для недоведення злочину до кінця необхідно було відповідних причин, тим за наявності інших рівних умов суспільно небезпечнішою є особа винного, і тим їй має бути призначено більш суворе покарання. Не складно помітити, що ймовірність втручання у розвиток реалі-

зації злочинного наміру особи кількох причин є менш ймовірним, ніж таке ж втручання хоча б однієї причини.

Аналогічною є ситуація й у випадку пропозицій щодо врахування причин, які у залежності від ступеню впливу на недоведення злочину до кінця, розмежовують на абсолютні (ті, які закономірно унеможливлюють вчинення злочину) та відносні (ті, які випадково перешкодили реалізації злочинного наміру). Так, загального схвалення серед науковців отримало твердження, що при недоведенні злочину до кінця в силу абсолютних причин суспільна небезпечність діяння нижча, що відповідно тягне за собою призначення менш суворого покарання, ніж при недоведенні злочину до кінця в силу відносних причин. Пояснюється це тим, що за абсолютних причин злочин взагалі не міг бути доведений до кінця. Знову ж таки, якщо підходити до оцінки вказаних видів причин недоведення злочину до кінця з позицій ймовірності їх виникнення та дії, то очевидним є висновок, що кардинально різниться ступінь ймовірності настання та дії тих обставин, явищ, процесів, які заздалегідь були такими, що взагалі унеможливлювали реалізацію злочинного наміру особи, та тих обставин, явищ чи процесів, які могли й не проявитися.

Тож, підсумовуючи вищенаведене, вважаємо, що законодавчу регламентацію та, щонайважливіше, практику застосування положень ч. 1 ст. 68 КК України у частині дотримання такого спеціального правила призначення покарання за незакінчений злочин як врахування причин, внаслідок яких злочин не було доведено до кінця, попри існуючі у теорії кримінального права та вироблені правозастосовною практикою напрацювання та рекомендації відповідно, можна було б суттєво удосконалити, передбачивши, що при призначенні покарання за незакінчений злочин суд повинен враховувати ступінь ймовірності настання та дії причин, внаслідок яких здійснення злочинного наміру не було продовжено чи завершено. На нашу думку, це б дозволило, зокрема, зробити більш зрозумілим механізм впливу цього спеціального критерію на вибір судом конкретної міри покарання, призначуваного особі за вчинення незакінченого злочину.

НАСИЛЬСТВО ЯК СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ В ІСТОРІЇ РОЗВИТКУ ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Н. Довгань-Бочкова

Львівський національний університет імені Івана Франка

Насильство, як каране діяння, відоме з давніх часів. Проте, в найдавніших писемних пам'ятках вітчизняного права насильство рідко згадувалося, власне, як спосіб вчинення якогось злочину. Так, в Договорі князя Олега з греками 911 року

© Довгань-Бочкова Н., 2014

була єдина норма, в якій насильство можна назвати способом вчинення злочину. Це була норма, яка передбачала відповідальність за відкрите насильницьке викрадення майна. В договорі князя Ігора з греками взагалі не знаходимо жодного злочину, в якому насильство виступало би способом вчинення злочину. Не згадується навіть насильницьке заволодіння чужим майном, лише відкрите викрадення майна та крадіжка. Руська Правда передбачала відповідальність, зокрема, за такі злочини як убивство (в тому числі в розбої), побої, штовхання, удари різними предметами, різного ступеня тілесні ушкодження, які описувалися казуїстично. Що стосується розбою, то Руська Правда не розкривала зміст цього злочину, а лише зазначала, що розбоєм займалися люди, які стали на розбій.

Передбачала Руська Правда і відповідальність за погрози, так в п. 8 Руської Правди (коротка редакція) зазначено: якщо хтось витягне меч, але не вдарить, то платить гривню. Але і тут перераховані види насильства не формулюються як способи вчинення злочину, а лише як окремі злочини. Очевидно, за насильство, яким супроводжувався той чи інший злочин, відповідальність наставала окремо.

В кінці XIV – першій половині XVII ст. українські землі опинилися у складі кількох сусідніх держав, що зумовило «досить строкату систему правових джерел» на території України.

В 1468 р. було прийнято статут князя Казимира Ягеловича, проте він не передбачав таких злочинів, в яких насильство виступало би способом їх вчинення. Так, наприклад, велика кількість статей присвячена крадіжці, а про такі злочини як грабіж чи розбій взагалі не згадується.

В Судебнику князя Івана Васильовича 1497 року такий злочин як розбій вже згадується, проте він не був відокремлений від вбивства і татьби.

В Судебнику 1550 р. розбій уже розглядається окремо від татьби.

А ось норма ст. 113 Судебника 1589 р. вже за своїм змістом більше схожа зі ст. 8 Судебника 1947 р., тобто татьба, розбій та вбивство знову зведені в одну статтю.

Визначення розбою в жодному судебнику немає. Проте, судячи із змісту, наприклад, статті 89 Судебника 1550 року, можна зробити висновок, що насильство було частиною розбою. Що стосується інших злочинів, то в жодному із них Судебник не вказує на насильницький спосіб їх вчинення.

У Литовських статутах 1529, 1566 та 1588 років насильство згадується як спосіб вчинення згвалтування та грабежу. Що стосується грабежу, то в Литовському статуті 1529 року вживаються два поняття: пограбування і розбійний напад, які, однак, за змістом розмежувати неможливо.

В Литовських статутах 1566 та 1588 рр. норма, яка передбачала відповідальність за грабіж містилася в розділі тринадцятому, який називався «Про грабежі і нав'язки». При чому розрізнявся грабіж, поєднаний з насильством і ненасильницький грабіж.

У роки народно-визвольної війни 1648–1654 рр. діяли окремі положення Литовського статуту 1588 р. Козаки на Запорізькій Січі як у виборі військової старшини й розподілі земель, так і в судах, покараннях і стратах керувалися не писаними законами, а «стародавнім звичаєм, словесним правом і здоровим глуздом».

Акти судових козацьких справ, що дійшли до нас свідчать, що із кримінальних злочинів найбільшим вважалося убивство козаком товариша, побої, крадіжка чогось козаком у товариша... кривда жінки, коли козак «знеславить жінку як не належить», ... насильство, коли козак відбирав у товариша коня, худобу й майно, гайдамацтво, тобто крадіжка коней, худоби та майна у мирних жителів або у купців та мандрівників.

В другій половині XVII–XVIII ст.ст. на частині території України, яка знаходилася під протекторатом Російської імперії, діяло Соборне уложення 1649 р.

В Соборному уложенні 1649 року в главі XXI «О розбойных и о татиных делех» давалися вказівки стосовно відповідальності злочинців, які «людей режут и грабят и шапки срывают», тобто за розбій.

В судовій практиці того часу використовувалося і таке джерело права, як «Права за якими судиться малоросійський народ» 1743 р., не зважаючи на те, що даний нормативний акт не був офіційно затверджений. «Права за якими судиться малоросійський народ» знало такі злочини як «разбой, воровство и грабителство» (п. 3 арт. 19). «Разбой» і «грабителство» згадуються паралельно і без очевидних відмінних ознак.

В главі 23 Прав, за якими судиться малоросійський народ, згадуються такі злочини як насильне взяття заміж дівчат чи вдови, згвалтування.

Крім вищезгаданих були і такі злочини як насильницьке пограбування церкви, розбій над купцями та іншими людьми, заподіяння смерті при розбої. Глава 22 передбачала відповідальність за грабежі.

В XIX – на початку XX ст. на українських землях, що в цей час знаходилися у складі Російської імперії, діяло Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. та подальші його редакції 1857, 1866, 1885 років. Уложення містило чимало норм, в яких насильство називалося способом вчинення злочину: насильницьке вторгнення в церкву і осквернення священних предметів, стримання чиновника від законного виконання обов'язків по службі погрозами такого роду, що цей чиновник міг і повинен був насправді почуватися в небезпеці тощо. Уложення 1845 року знало такий злочин, як самоуправство із застосуванням насильства.

Насильство було способом вчинення і такого злочину як вимаганння, проте вимагання виступало службовим злочином і було більше схоже на одержання хабара, поєднане з вимаганням, а не злочин проти власності. Злочини ж проти власності знаходилися в інших розділах. Уложення давало визначення розбою і грабежу.

В вищезгаданому Уложенні існував такий злочин, як самовільне насильницьке позбавлення когось свободи.

Крім того існувала відповідальність за погрози, поєднані з вимогою «выдать или положить въ назначаемое для того место сумму денег, или вещь, или письменный актъ, или что-либо иное, или же принять на себя какія-либо невыгодныя обязательства, или отказаться отъ какого-либо законнаго права». Вказані норми за своїм змістом нагадують норму про вимагання в сучасному КК України.

У 1903 р. був затверджений імператором і виданий новий збірник кримінальних законів під назвою «Кримінальне уложення». В Кримінальному Уложенні, як і Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р., в першу чергу передбачалася відповідальність за порушення постанов, що охороняють віру. Відповідальність за злочини проти власності наставала за статтями глави 32, яка називалася «О воровстве, разбое и вымогательстве». Причому, під воровством Кримінальне Уложення розуміло як крадіжку, так і ненасильницький грабіж. Термін «грабіж» Кримінальне Уложення не використовує. Якщо ж вилучення майна відбувалося з насильством, то воно іменувалося розбоєм незалежно від інтенсивності насильства. Кримінальне Уложення присвятило такому злочину як вимагання окрему статтю. Крім того, змінилася сама суть вимагання. В Кримінальному Уложенні 1903 року вимагання трактувалося вже не як погроза..., поєднана з вимогою..., а як примушення, з метою отримати собі чи іншій особі майнову вигоду, до уступки майнового права чи до укладання іншої невигідної майнової угоди шляхом тілесного ушкодження, насильства над особистістю чи караної погрози.

В радянський період на території України (УРСР) діяли норми Кримінальних кодексів 1922 р., 1927 р. та 1960 р., що діяв аж до 1 вересня 2001 року.

Найбільш суспільно небезпечним діянням проти порядку управління, в якому насильство виступало способом його вчинення, була участь в масових безпорядках, поєднана з вчиненням убивств, підпалів, заподіянням тілесних ушкоджень, згвалтуванням, а також збройним опором владі. Життя, здоров'я, свобода та гідність особистості охоронялися главою V КК 1922 р. В цій же главі містилися статті, що стосувалися злочинів у сфері статевих відносин. Так, ст. 169 визначала відповідальність за згвалтування, тобто статеві зносини із застосуванням фізичного чи психічного насильства чи з використанням безпорадного стану потерпілої особи, а ст. 170 – за примушування до зайняття проституцією, вчинене шляхом фізичного чи психічного впливу.

Що стосується майнових злочинів, то насильницький спосіб виступав ознакою складу таких злочинів як грабіж, розбій та вимагання.

Прийнятий в 1927 р. КК УРСР доповнив перелік злочинів проти життя, здоров'я, свободи і гідності особистості, зокрема, такими складами, як доведення особи, що знаходиться в матеріальній чи іншій залежності від іншої особи, жорстоким поводженням останньої чи іншим зловживанням своїм становищем до самогубства чи замаху на самогубство, а також мужолозтво, тобто статеві зносини мужчини з мужчиною. Причому, каралося як добровільне мужолозтво, так і вчинене з використанням залежного становища потерпілого або з насильством, за плату, за професією або публічно.

В цій же главі, як і в КК 1922 р., містилися статті про незаконне позбавлення волі способом, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого чи такого, що супроводжувалося заподіянням йому фізичних страждань, згвалтування, тобто статеві зносини із застосуванням фізичного чи психічного насильства або з використанням безпорадного стану потерпілої особи.

КК 1927 р. зберіг кримінальну відповідальність за примушування займатися проституцією (ст. 166), проте, на відміну від КК 1922 р., виключив із диспозиції вказівку на насильницький спосіб вчинення цього злочину.

Зазнала змін і норма про вимагання: шантаж вже не виділяють як окремий вид вимагання, і, крім того, погрозу повідомити владу про незаконне діяння потерпілого вже не називають способом вчинення вказаного злочину.

В КК УРСР 1960 р., з багаточисельними наступними змінами і доповненнями, насильство теж часто згадується як спосіб вчинення злочину, проте зміст його в статтях формулюється по-різному. Так, законодавець способом вчинення злочину називає: насильство; фізичне насильство; насильство, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого; насильство, небезпечне для життя чи здоров'я потерпілого; заподіяння потерпілому середньої тяжкості чи тяжкого тілесного ушкодження; тяжкі тілесні ушкодження; умисне вбивство; погрози; погроза насильством; погроза насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого; погроза насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого; погроза вбивством; погроза заподіяння тілесних ушкоджень; погроза нанесення тяжких тілесних ушкоджень; погроза розголошення відомостей, що ганьблять потерпілого або близьких йому осіб; погроза знищення майна; погроза пошкодження майна; погроза дальшим триманням заложника.

Крім вищезазначених зустрічаються і такі насильницькі способи вчинення злочинів як застосування зброї або інших предметів, що використовувались як зброя, застосування чи спроба застосування вогнестрільної зброї або ножів, кастетів чи іншої холодної зброї, а так само інших предметів, спеціально пристосованих для нанесення тілесних ушкоджень, болісні і такі, що ображають особисту гідність потерпілого, дії, жорстоке поводження з особою або систематичне приниження її людської гідності, систематичне цькування чи наклеп, знущання, примушення до виконання явно незаконних вимог, спосіб, небезпечний для життя або здоров'я потерпілого, або таке, що супроводжувалося заподіянням йому фізичних страждань, спосіб, небезпечний для життя або здоров'я інших осіб.

Формулюючи насильницький спосіб в статтях КК УРСР 1960 р. законодавець вказує на певні прояви насильства, комбінуючи їх різним чином, не завжди вдало і обґрунтовано.

ДО ПИТАННЯ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 109 КК УКРАЇНИ

С. Ільницька
Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до чинного Кримінального кодексу України об'єктивна сторона злочинів, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституцій-

© Ільницька С., 2014

ного ладу або на захоплення державної влади, передбачена ст. 109 КК України, може виявлятись у таких формах:

1) дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади;

2) змова про вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 109;

3) публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу України або до захоплення державної влади;

4) розповсюдження матеріалів із закликами до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу України або до захоплення державної влади.

Аналізуючи об'єктивну сторону складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 109 КК України, перш за все, необхідно визначити коло діянь, які законодавець визнає злочинними.

Виходячи з положень ч. 1 ст. 11 та ст. 109 КК України, до таких дій можна віднести лише суспільно-небезпечні, кримінально-протиправні дії, спрямовані на досягнення злочинної мети: насильницької зміни чи повалення конституційного ладу України або захоплення державної влади. Отож, перш за все, необхідно з'ясувати чи діям, передбаченим ст. 109 КК України, притаманна така ознака злочину, як суспільна небезпека, адже лише якщо діяння становить суспільну небезпеку, постає необхідність у його криміналізації і навпаки після втрати суспільно-небезпеки діяння підлягають негайній декриміналізації. Крім того, саме в залежності від встановлення ступеня суспільної небезпеки тих чи інших діянь, законодавець формулює санкції статей, визначаючи вид і розмір покарання особі за вчинення таких дій.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України», під суспільною небезпекою необхідно розуміти створення загрози заподіяння шкоди життєво-важливим інтересам людини і громадянина в різних сферах суспільного життя.

Що ж стосується визначення поняття суспільної небезпеки в кримінально-правовому значенні, то під ним, здебільшого, науковці розуміють здатність злочину заподіяти або створювати загрозу заподіяння істотної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони.

А відтак, необхідно визначити, які саме дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, вважатимуться суспільно-небезпечними і чи такі дії здатні за своєю природою заподіяти істотну шкоду об'єкту кримінально-правової охорони або створити загрозу заподіяння такої шкоди, тобто становити небезпеку для суспільства.

Так відповідно до норм Конституції України єдиним джерелом влади в Україні є народ, якому належить виключне право визначати і змінювати конституційний лад в Україні. Таке право не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Це означає, що тільки народ має право безпосередньо шляхом всеукраїнського референдуму визначати конституційний лад в Україні, закріплений Конституцією України, а також змінювати конституційний лад шляхом внесенням змін до Основного Закону України і ніхто не може привласнити таке право. Тому, будь-які дії держави, її органів

або посадових осіб, що призводять до узурпації права визначати і змінювати конституційний лад в Україні, яке належить виключно народові, є неконституційними і незаконними.

Як слушно зазначає суддя Конституційного Суду Домбровський І.П. Конституція України за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу, а тому органи влади, яка є похідною від установчої, не можуть перебирати на себе повноваження установчої влади, а саме визначати чи змінювати засади конституційного ладу, визначені, закріплені, у статті 5 Конституції України.

Оскільки відповідно до Основного Закону лише народ має право визначати і змінювати конституційний лад в державі, не встановлюючи ніяких винятків із правила, то необхідно з'ясувати яким чином громадяни України можуть реалізувати таке своє право, якщо влада в країні нелегальна або (та) нелегітимна і народ не має можливості захистити свої права, передбачені Конституцією та чи матиме народ право на громадянську непокору у вигляді опору чи повстання, якщо іншим чином неможливо захистити чи відновити своє право визначати чи змінювати конституційний лад в Україні, чи такі дії становлять суспільну небезпеку та яким чином вони співвідносяться зі ст. 109 КК України.

Науковці та філософи по різному трактували право на громадянську непокору.

Так, Т. Гоббс, будучи прихильником договірної теорії походження держави, притримувався думки, що люди повинні в усьому підкорятися державі й не можуть чинити їй спротив, адже вони уклади з державою суспільний договір і перейшли до громадянського стану.

На відміну Т. Гоббса, більшість науковців не були такими категоричними. Загалом визнаючи право народу на громадянську непокору, Альберт Дайсі підтримував лише ненасильницькі форми боротьби. Таку ж позицію займав і Джон Роулз, який під громадянською непокорою розумів публічну, ненасильницьку, свідому політичну дію, що спрямована проти закону, котра апелює до уявлення більшості про справедливість, спонукаючи до зміни закону або урядової політики. При цьому громадянська непокора, на думку філософа, вважатиметься виправданою, якщо закони та політичні інститути несправедливі, а отже і порушують невідчужувані та невід'ємні права людини.

Кардинально протилежну позицію займав Дж. Локк, який обґрунтовував право народу на опір державі в тому разі, якщо вона нехтує його правами та інтересами, зазначаючи, що у разі якщо права людей масово порушуються, тоді вони мають право скинути таку владу.

Саме ідеї Дж. Локка про те, що одним із фундаментальних прав людини є право чинити опір нелегітимній владі і не правовим законам, були закріплені в конституційних актах цього періоду.

Зокрема в Декларації незалежності США 1776 року зазначалося, що до природніх прав людини належить життя, свобода і прагнення щастя. Ці права повинні забезпечувати уряди. Однак, якщо якась форма правління стає згубною для такої мети, а також коли довга низка правопорушень і зловживань владою

свідчить про намір підпорядкувати народ абсолютному деспотизму, тоді народ має право та обов'язок повалити або змінити такий уряд і встановити нове правління, засноване на таких принципах і з такою організацією влади, яка, на думку цього народу, найбільше може сприяти його безпеці і щастю.

Схожі положення були закріплені і у Французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 року, в ст. 2 якої зазначається, що за умови, коли держава порушує природні та невід'ємні права людини, то повстання для народу і для кожної його частини є найсвятішим правом і невідкладним обов'язком.

І найголовніше, ч. 3 Преамбули Загальної Декларації прав людини 1948 р., положення якої є загальнообов'язковими для виконання на всій території України, розглядає повстання як останній засіб захисту прав людини, проголошуючи необхідність охорони прав людини владою закону з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена звертатися в якості останнього засобу, до повстання проти тиранії та гноблення.

Крім того, право на громадянську непокору закріплене і в багатьох конституційних актах сучасних демократичних держав.

Для прикладу, ч. 4 ст. 20 Основного Закону ФРН зазначає, що усі німці мають право чинити опір кожному, хто спробує ліквідувати конституційний лад держави, якщо інші засоби не можуть бути використані. Також право на опір закріплене в одному з конституційних актів Чеської республіки – Хартії основних прав і свобод Чеської республіки. Відповідно до статті 23 розділу 2 глави 2 Хартії усі громадяни Чеської республіки мають право чинити опір кожному, хто посягає на демократичний порядок реалізації прав і свобод, встановлених Хартією, якщо діяльність конституційних органів і використання інших способів, передбачених законом, видається неможливим.

Однак не всі законодавці зарубіжних країн закріпили право на громадянську непокору. Відсутність в конституційних актах окремих зарубіжних держав спеціальних конституційних норм, які безпосередньо закріплювали б право громадян на проведення акцій громадянського опору публічній владі, на думку Нечипоренка А.В. пояснюється тим, що держава, уряд, як правило, вважають себе найдемократичнішими, найгуманнішими і найсправедливішими у світі, а відтак не хочуть поставити під сумнів свій демократизм, своє законне походження та своє невтомне піклування про всіх і про кожного зокрема.

Крім того, як зазначає Ковальчук В., право на громадянський опір не знайшло відображення в конституційному законодавстві тих держав, яке ґрунтується на засадах юридичного позитивізму. Особливо це стосується державних режимів, які розглядають право як засіб досягнення політичних цілей. Йдеться передусім про державну політику колишнього СРСР та країн так званого соціалістичного табору.

Щодо України, то право громадян України на громадянську непокору у вигляді опору було передбачено у проекті Конституції України від 1 липня 1992 року. Так зокрема у ст. 9 проекту зазначалося, що громадяни України мають право чинити опір будь-кому, хто намагатиметься протиправно ліквідувати демократичний конституційний лад України, якщо інші засоби не можуть бути

використані, проте вже в чинній Конституції України таке право не передбачено. Незакріплення в Основному Законі такого права можна пояснити тим, що встановлення такої норми може стати загрозливою для діючої влади, даючи можливість захищати свої права та законні інтереси, в тому числі застосовуючи насильство, якщо іншим чином захистити своє право громадяни не матимуть можливості.

Натомість законодавець в Основному законі України закріпив лише деякі форми реалізації цього права, а саме:

– право громадян збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи та демонстрації, про які завчасно сповіщаються органи публічної адміністрації (ст. 39 Конституції України);

– право громадян на страйк для захисту своїх економічних та соціальних інтересів (ст. 44 Конституції України).

Однак мирні форми непокори ефективні лише за умови існування в країні легітимної влади та демократичного правового режиму, за якого влада забезпечує дотримання прав та свобод людини та громадянина, в тому числі не узурпує право народу визначати чи змінювати конституційний лад в державі. Натомість, якщо влада в країні буде нелегальною та (або) нелегітимною, а відтак порушуватиме чи ігноруватиме права, свободи та законні інтереси людини, то протистояти такій владі може лише народ, який відповідно до Конституції України визнається єдиним джерелом влади в Україні. А отже, якщо іншим чином громадяни не можуть захистити своє право визначати і змінювати конституційний лад в державі, то єдино можливим способом захисту свого конституційного права стає громадянська непокора у вигляді опору владі або повстання.

Крім того, оскільки право на громадянську непокору належить до невідчужуваних прав людини і громадянина та реалізується з метою захисту прав та свобод людини і громадянина або відновлення порушених прав, то такі дії не можна вважати суспільно-небезпечними, тобто такими, що заподіюють або здатні заподіяти шкоду суспільним відносинам в сфері охорони конституційного ладу України, адже здійснюються саме з метою їх захисту. Для прикладу, дії працівників правоохоронних органів, в тому числі насильницькі, вчинені з метою захисту життя людини, не вважатимуться суспільно-небезпечними, оскільки спрямовані на припинення неправомірної поведінки винного та захисту прав людини. Так само вчинення дій, в тому числі насильницьких, з метою захисту свого конституційного права визначати та змінювати конституційний лад в державі, якщо іншим способом захистити своє право не видається можливим, не можна визнавати суспільно-небезпечним, оскільки здійснюється з метою захисту конституційних прав людини та припинення протиправної поведінки органів держави, які порушують таке суверенне право.

До того ж, встановлення кримінальної відповідальності за дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, істотно обмежує можливість реалізації громадянами свого конституційного права визначати, змінювати конституційний лад держави та захищати таке право, що є неприпустимим, адже Конституція України, має най-

вищу юридичну силу, а всі інші нормативно-правові акти згідно з ч. ст. 8 Основного Закону приймаються на основі Конституції та не можуть їй суперечити. І найголовніше, встановлення кримінальної відповідальності за дії, передбачені ст. 109 КК України порушує ч. 3 ст. 22 Конституції України в якій зазначається, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

Другою формою вчинення злочину, передбаченого статтею 109 Кримінально кодексу України є змова про вчинення дій, з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади.

М.І. Хавронюк зазначає, що під змовою на вчинення дій, зазначених у ч. 1 ст. 109 КК України, необхідно розуміти угоду, досягнуту двома чи більше особами, про вчинення спільних дій з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, яка містить певні істотні умови, що стосуються способу вказаних дій, сил і засобів тощо. Змова на думку автора буде вважатись закінченою з моменту досягнення угоди з зазначених істотних умов. Однак, це видається не зовсім правильним, оскільки ми не можемо визначити навіть конкретного та вичерпного переліку дій, вчинення яких може призвести до зміни чи повалення конституційного ладу, не говорячи вже про істотні умови, які мають бути визначені в угоді про спільність дій з метою такої зміни чи повалення конституційного ладу. Також визнання необхідності досягнення згоди з істотних умов може призвести до того, що по-перше судді не зможуть визначити чи була досягнута згода щодо істотних умов чи ні, адже винні особи завжди заперечуватимуть, що вони її досягли. Та й угоди такі не укладатимуться в письмовій формі. А по – друге визнання необхідності досягнення згоди щодо істотних умов може призвести до свавілля суддів, адже один суддя може визнати, що в конкретному випадку була така домовленість, а інший – ні.

Разом з тим автор наголошує, що дії, спрямовані зміну конституційного ладу чи повалення конституційного ладу про які укладається угода, мають бути саме насильницького характеру. Але це видається не зовсім правильним, оскільки в ряді випадків такі дії можуть бути неправомірними, а не насильницькими. А тому під змовою на вчинення дій, передбачених ч. 1 ст. 109 необхідно розуміти угоду між кількома (двома і більше) особами про вчинення спільних дій для досягнення мети, а саме насильницької зміни конституційного ладу чи його повалення або захоплення державної влади.

До того ж, як було встановлено вище, дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу України не можуть визнаватися суспільно-небезпечними, оскільки не заподіюють істотну шкоду та не створюють загрозу заподіяння істотної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони та суперечать ст. 5, ч. 1 ст. 8 та ч. 3 ст. 22 Конституції України. А відтак, і саму змову про вчинення дій, які не становлять суспільної небезпеки не можна вважати суспільно-небезпечною та такою, що посягає на конституційних лад України.

Отож, враховуючи відсутність в діях, передбачених ч. 1 ст. 109 КК України такої обов'язкової ознаки злочину, як суспільна небезпека, з метою захисту невідчужуваних конституційних прав людини і громадянина та усунення пору-

шень Конституції України, видається за доцільне виключити ч. 1 ст. 109 Кримінального кодексу України.

Третьою формою вчинення злочину, передбаченого статтею 109 КК України є публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади.

Під закликом необхідно розуміти висунення певної ідеї, лозунгу, гасла, звернення до когось тощо. Що ж стосується слова публічно, то воно походить від слова публіка і означає відкрито, гласно в присутності людей.

Публічні заклики полягають у доведенні відповідної інформації до інших осіб.

Такі заклики можуть виголошуватись як на мітингах, зборах, демонстраціях, та і з допомогою засобів масової інформації, наприклад, на телебаченні, тощо.

Здійснити публічний заклик означає адресувати його до невизначеного кола осіб.

Отож, для визнання заклику публічним необхідно здійснити хоча б одне відкрите звернення до невизначеного, але значного кола осіб, в якому висловлюються ідеї, погляди чи вимоги, спрямовані на те, щоб шляхом поширення їх серед населення чи його окремих категорій (представників влади, військовослужбовців тощо) схилити певну кількість осіб до певних дій.

Спосіб вчинення закликів до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу України або захоплення державної влади значення не має.

Що ж стосується такої ознаки як публічність, то вона є оціночною ознакою, і питання про її наявність вирішується в кожному конкретному випадку з урахуванням часу, місця, обстановки здійснення закликів тощо.

Крім того науковці наголошують, що злочин у цій формі вважатиметься закінченим з моменту висловлення винним відповідного заклику, спрямованого на його сприйняття більш-менш широкою аудиторією.

Четвертою формою вчинення дій, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади є розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій.

Розповсюдження означає поширення матеріалів із закликами до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади серед широкого кола осіб з метою ознайомлення їх з цими закликами, доведення їх змісту до відома багатьох людей.

Під матеріалами необхідно розуміти письмові чи зафіксовані на іншому носієві інформації (дискеті, аудіо- чи відеокасеті) звернення, листівки, плакати, газети, журнали тощо.

Розповсюдження матеріалів полягає у певних діях з матеріальними предметами – носіями інформації, яка за своїм змістом має служити спонуканням до вчинення дій з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади та здійснюватися шляхом підкидання листівок до поштових скриньок, розклеювання їх на дошках для оголошень, розсилання листів певним групам адресатів тощо.

Однак, встановлення кримінальної відповідальності за публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу України або до захоп-

лення державної влади, а також за розповсюдження матеріалів з такими закликами видається не доцільним. Це зумовлено тим, що не можна визнавати кримінально-протиправними дії, вчинені з суспільно-корисною метою: реалізації чи захисту свого конституційного права визначати та змінювати конституційний лад держави. Прикладом можуть служити події Помаранчевої революції, за якої нехтування основоположними правами людини і громадянина, усунення громадян від можливості брати участь у виборчому процесі, ігнорування волі народу, а також спроба зміни демократичного правового режиму на авторитарний призвела до громадянської непокори у вигляді опору владі. При цьому, вимагаючи відновити порушене право визначати конституційних лад в державі, неодноразово лунали заклики до захоплення державної влади у разі невиконання законних вимог громадян України. Оскільки злочин у формі публічних закликів до насильницького захоплення державної влади закінчений з моменту висловлення винним відповідного заклику до невизначеного кола людей, то такі дії, керуючись ч. 2 ст. 109 КК України, могли б розцінюватись як публічні заклики до захоплення державної влади, що є неприпустимим, адже призвело б до обмеження та порушення основоположних прав людини і громадянина, передбачених Конституцією України.

Отож, враховуючи вищенаведене, з метою приведення у відповідність ст. 109 КК України до положень Конституції України, а також відсутності у діях, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу України такої обов'язкової ознаки злочину як суспільна небезпека, видається за доцільне здійснити декриміналізацію дій, передбачених статтею 109 КК України.

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ

О. Кондра

Львівський національний університет імені Івана Франка

Наукове дослідження кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації повинне включати в себе і аналіз диференціації такої відповідальності. При цьому слід виявити вид диференціації та тип співвідношення норм, з'ясувати зміст ознак, за рахунок яких вона проведена, встановити чи дотримані вимоги щодо якості нормопроектування, перевірити правильність побудови санкції тощо. Законодавець у ст. 232-1 КК України «Незаконне використання інсайдерської інформації» дещо спростив завдання перед

© Кондра О., 2014

дослідником, оскільки структурно диференціював норму на 4 частини, чим окреслив обов'язковий предмет вивчення.

У ч. 1. ст. 232-1 КК України міститься основний (простий) склад злочину, причому наведено одразу декілька альтернативних форм суспільно небезпечного діяння – незаконне розголошення, передача або надання доступу, надання рекомендацій; а також декілька альтернативних суспільно небезпечних наслідків – необґрунтований прибуток в значному розмірі, уникнення значних збитків, значна шкода. Санкція кумулятивна, основне покарання у вигляді штрафу від семисот п'ятдесяти до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, додаткове – позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Загалом це злочин невеликої тяжкості. Умовно визначимо ч. 1. ст. 232-1 КК України як еталон, і відштовхуючись від неї, перейдемо до аналізу наступних частин.

Злочин, передбачений ч. 2. ст. 232-1 КК України має одну форму суспільно небезпечного діяння – вчинення правочинів, та декілька альтернативних суспільно-небезпечних наслідків – необґрунтований прибуток в значному розмірі, уникнення значних збитків, значна шкода. Санкція кумулятивна, основне покарання у вигляді штрафу від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто це злочин середньої тяжкості. Додаткове покарання є однаковим для усіх частин ст. 232-1 КК України тому потреби в його аналізі немає.

Опис злочинних наслідків збігається, це означає, що ця ознака не є диференціююча і не впливає на зміну рівня суспільної небезпеки злочину в порівнянні з ч. 1. Отже, різниця полягає в діянні.

Умисне незаконне розголошення, передача або надання доступу до інсайдерської інформації, надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів, які передбачені у ч. 1. ст. 232-1 КК України мають вчинятись без мети самостійного вчинення правочинів, тобто ч. 1. ст. 232-1 КК України містить негаторну ознаку. Доведемо це методом заперечення – якщо припустити можливість існування такої мети у ч. 1., то буде неможливо провести правильне розмежування між стадіями незакінченого злочину у ч. 2. та закінченим злочином у ч.1.

Наприклад, умисне незаконне розголошення інсайдерської інформації з метою вчинення правочинів спрямованих на придбання цінних паперів, буде одночасно підпадати і під ч. 1. ст. 232-1 КК України і під ч. 1. ст. 14 – ч. 2. ст. 232-1 КК України, що призведе до зайвої та невиправданої конкуренції.

Також, слід відмітити, що діяння передбачені у ч. 1. і вчинення у ч. 2. є поняттями різними за змістом і обсягом, в підпорядкуванні не знаходяться. Це означає, що у ч. 2. ст. 232-1 КК України теж закріплено основний (простий) склад злочину. Видається, що диференціацію кримінальної відповідальності між ч. 1. і ч. 2. ст. 232-1 КК України робив за принципом реальності загрози і її реалізації щодо об'єкта кримінально-правової охорони.

Непрямим доказом цього є санкція ч. 2. ст. 232-1 КК України, яка значно більша, ніж передбачена у ч.1., що свідчить про інший рівень суспільної

небезпеки. Слід звернути увагу, що між верхньою межею санкції у ч. 1. – 2 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, і нижньою межею ч. 2. – 3 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян існує розрив, і це не можна вважати позитивним. В такому випадку, нижня межа ч. 2. ст. 232-1 КК України мала б пересікатись і бути меншою, ніж верхня у ч. 1 ст. 232-1 КК України.

Аналізуючи ч. 3. ст. 232-1 КК України можна одразу виявити, що ця норма є відсильною, оскільки вказує на дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті. Враховуючи паралельне збільшення санкції, це типовий приклад побудови кваліфікованих (з обтяжуючими ознаками) складів злочинів у Особливій частині КК України. Диференціюючі ознаки є суб'єктивними: за множинністю – вчинені повторно, за формою співучасті – вчинені за попередньою змовою групою осіб; та об'єктивними: за суспільно небезпечними наслідками – якщо такі дії спричинили тяжкі наслідки.

Як бачимо, в ч. 3. ст. 232-1 КК України різниця між діями у ч. 1. та ч. 2. цієї ж статті нівелюється, оскільки диференціюючі ознаки однаково обтяжують їх. Але з урахуванням того, що це основні (прості) склади злочинів, такий підхід загалом не є помилковим, однак існує явна диспропорція в частині санкції.

Санкція ч. 3. ст. 212 КК України логічно узгоджується з ч. 2. цієї статті, в них співпадає верхня межа основного і нижня межа кваліфікованого складу, дотриманий принцип дискреції санкції. Однак санкція ч. 3. ст. 212 КК України взагалі не узгоджується з ч. 1. – верхня межа основного і нижня межа кваліфікованого складу мають розрив в 2,5 рази, максимальні межі різняться в 4 рази. Не в останню чергу це викликано вже вказаними проблемами побудови санкції у ч. 2. ст. 232-1 КК України.

Досліджуючи кваліфікуючі ознаки у ч. 3. ст. 232-1 КК України, треба вказати, що окремі з них викликають певні критичні зауваження. Видається, що немає проблем лише з повторністю – множинність злочинів є явно небезпечнішою в структурі злочинності, ніж одиничний злочин, а введення такої кваліфікуючої ознаки як повторність мало б застерігати від так званого злочинного промислу з використанням інсайдерської інформації. Тим більше, що така ознака узгоджується з кримінологічним типом злочинця-інсайдера, як правило це біржові гравці, змістом діяльності яких є незаконне використання інсайдерської інформації.

Вчинення групою осіб за попередньою змовою злочинів у ч. 3. ст. 232-1 КК України, навряд чи потрібно закріплювати як обтяжуючу ознаку. Природа цього злочину така, що завжди є хтось, хто інсайдерську інформацію незаконно доводить до відома інших осіб, а з іншої сторони – є ті, хто шукає таку інформацію і потім її використовує. У ч. 3. ст. 232-1 КК України усі ці діяння охоплюються одночасно. В такому випадку, за наявності у ч.3. кваліфікуючої ознаки – вчинення за попередньою змовою групою осіб, існування ч. 1 і ч. 2. майже позбавлене сенсу. Видається, що вдалішою була б спроба провести диференціацію за суб'єктом злочину, залежно від його посади та рівня доступу до інсайдерської інформації.

Тяжкими наслідками у ч. 3. ст. 232-1 КК України, відповідно до п. 2. примітки до цієї статті, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у тисячу і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян. З цього вбачається, що тяжкі наслідки можуть бути як у виді матеріальних збитків, так і нематеріальної шкоди.

Загалом обтяження кримінальної відповідальності за більш тяжкі матеріальні наслідки є виправданим. Однак, є певна неузгодженість щодо нематеріальних тяжких наслідків. Примітка до статті визначення таких не дає. До того ж, нематеріальність немає чіткого критерію і навряд чи може розмежовувати склади злочинів. Натомість, у ч. 1. і ч. 2. як один із можливих наслідків згадується значна шкода, причому з п.1. примітки випливає, що значна шкода може бути лише матеріальна. Тобто, наслідків у вигляді нематеріальної шкоди ч. 1. і ч. 2. ст. 232-1 КК України не передбачає. А тому є явна неузгодженість між суспільно небезпечними наслідками як основною і як кваліфікуючою ознакою. Щоправда, таку неузгодженість можна усунути шляхом внесення відповідних змін до примітки, передбачивши можливість нематеріальних наслідків для значної шкоди, і забравши таку можливість з тяжких наслідків.

Згідно з ч. 4. ст. 232-1 КК України дії, передбачені частинами першою – третьою цієї статті, якщо вони вчинені організованою групою – караються штрафом від восьми тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Такий склад злочину також є кваліфікованим (в літературі часто вживається назва – особливо кваліфікований).

Єдина ознака, що обтяжує відповідальність – вчинення злочину організованою групою осіб. Такий підхід є вірним і відображає необхідність більш жорсткої кримінально-правової боротьби з організованою злочинністю на фондовому ринку. Однак, видається, що однієї ознаки є недостатньо, як варіант у ч. 4. треба ввести ще поняття особливо тяжких наслідків, попередньо визначивши їх у примітці до ст. 232-1 КК України. Такий підхід відповідав би системі побудови усіх складів злочинів, передбачених у ст. 232-1 КК України.

Санкція ч. 4. ст. 232-1 КК України є узгодженою з ч. 3. цієї статті, в них співпадає верхня межа основного і нижня межа кваліфікованого складу. Однак ця санкція не зовсім узгоджена із санкціями інших частин, особливо в частині розриву меж. Але враховуючи очевидний підвищений рівень обтяження покарання для членів організованої групи, для конструкції особливо кваліфікованого злочину така ситуація є допустима.

Розмір основного покарання у санкції ч. 4. ст. 232-1 КК України відносить цей склад до злочинів середньої тяжкості, хоча абсолютна більшість злочинів (понад 90% Особливої частини КК України), де організована група є кваліфікуючою ознакою є тяжкими або особливо тяжкими. Крім того, дискреція санкції у ч. 4. ст. 232-1 КК України є неоптимальною, через надмірну звуженість. Тому, верхню межу санкції ч. 4. ст. 232-1 КК України слід підвищити, наприклад до дванадцяти ч. 4. ст. 232-1 КК України. тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

МІЖНАРОДНІ ТЮРЕМНІ (ПЕНІТЕНЦІАРНІ) КОНГРЕСИ ДРУГОЇ СЕРІЇ (1872–1950 рр.)

К. Марисюк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Другий етап міжнародного співробітництва держав з пенітенціарних проблем розпочався у 1872 р. з діяльності Першого міжнародного тюремного конгресу так званої Другої серії і характеризувався участю в їх підготовці і проведенні офіційних представників ряду держав, а також їх конструктивно-практичною спрямованістю. Всього було проведено дванадцять Міжнародних тюремних конгресів Другої серії, а саме: у Лондоні (1872 р.), у Стокгольмі (1878 р.), у Римі (1885 р.), у Петербурзі (1890 р.), у Парижі (1895 р.), у Брюсселі (1900 р.), у Будапешті (1905 р.), у Вашингтоні (1910 р.), у Лондоні (1925 р.), у Празі (1930 р.), у Берліні (1936 р.) та у Гаазі (1950 р.).

Тюремні конгреси Другої серії організовувались уже не приватними особами (як це було у випадку тюремних конгресів Першої серії), а урядами окремих держав під егідою спеціально створеного органу. Спочатку ним була Комісія з офіційних представників держав (1872 р.), потім – Постійна міжнародна пенітенціарна комісія з офіційних представників держав (1878 р.). З часом згадану комісію було трансформовано у Міжнародну кримінальну і пенітенціарну комісію, яка проіснувала під цією назвою до 1950 р.

Тюремні конгреси Другої серії прийняли ряд міжнародних актів щодо вдосконалення пенітенціарної справи – резолюцій, що носили для держав рекомендаційний характер. Прийняті акти дозволили прискорити прогрес у пенітенціарній сфері і стандартизувати окремі моменти її функціонування. Серед цих документів особливо варто виділити Загальну декларацію прав людини, прийняту Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р.

На конгресах обговорювалися питання доцільності одиночного тюремного ув'язнення, організації режиму відбуття покарання у виді позбавлення волі, праці осіб, позбавлених волі, про участь громадськості в ресоціалізації злочинців та інші проблеми пенітенціарної політики і практики. Так, наприклад, питання праці засуджених, її оплати, а також особливостей організації праці різних категорій засуджених були предметом розгляду конгресів 1885, 1890, 1895, 1905, 1910 та 1925 рр. Результатом цього процесу стала резолюція про обов'язкову працю осіб, засуджених до покарань, пов'язаних з позбавленням волі, а також про оплату за таку працю.

На конгресах 1878, 1900 та 1930 рр. розглядались питання про доцільність одиночного ув'язнення. В резолюціях конгресів містилось положення про те, що таке ув'язнення не має застосовуватись до неповнолітніх засуджених, в той час, як воно може бути корисним і необхідним заходом впливу на рецидивістів.

На конгресах 1878, 1885, 1890 та 1900 рр. обговорювались питання ролі громадських організацій в виховній роботі з засудженими і про надання їм пенітенціарної допомоги.

© Марисюк К., 2014

На засіданнях конгресів 1890 та 1895 рр. окрема увага присвячувалась заходам заохочення до засуджених, а саме матеріальним (наприклад, пропонувалось збільшення раціону харчування, збільшення розміру коштів для витрат на особисті потреби) і моральним (пропонувалось законодавчо фіксувати заходи, які б давали засудженим надію на скорочення строку ув'язнення, дозволити купувати книги і надавати допомогу рідним).

У рішеннях конгресу 1890 р. вперше зверталась увага на те, що засуджені мають право використовувати на особисті потреби виключно зароблені у в'язниці кошти.

Заходи стягнення, які можуть застосовуватись до ув'язнених, були предметом обговорення конгресів 1878 та 1895 рр.

У резолюціях конгресу 1878 р. наводився перелік дисциплінарних стягнень, до яких пропонувалось віднести догану, позбавлення пільг, посилення суворості тюремного ув'язнення (вилучення з камери стільця, стола, постілі, затемнення камери, не виведення на роботу, позбавлення права користуватись пресою), зниження норми харчування, застосування гамівної сорочки.

В резолюціях конгресу 1895 р. рекомендувалось вказувати в тюремних уставах (регламентах) вичерпний перелік проступків і стягнень, встановлювати порядок їх накладення та виконання.

Як уже зазначалось вище, у 1878 р. був створено проект Міжнародної пенітенціарної комісії з офіційних представників держав – учасниць конференції. Комісія щорічно повинна була збирати учасників і концентрувати статистичні дані, регламентувати зв'язки з різними тюремними організаціями і товариствами, а також видавати інформаційний бюлетень.

Окремо потрібно підкреслити, що тюремні конгреси Другої серії не обмежувались лише пенітенціарними проблемами. Наприклад, станом на 1890 р. вони проводились у трьох секціях: кримінальне право, пенітенціарні питання та питання попередження злочинів. З 1895 р. традиційною стає також четверта секція, яка займалась обговоренням питань боротьби зі злочинністю неповнолітніх.

ОСНОВНИЙ СКЛАД ЗЛОЧИНУ: НЕДИФЕРЕНЦІЙОВАНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

О. Марін

Львівський національний університет імені Івана Франка

Основний склад злочину – базова одиниця кримінального права. Справедливість цього твердження не повинна викликати сумнівів ні в кого, хто цікавиться кримінальним правом. У цьому відношенні досить дивним виглядає незначна ува-

© Марін О., 2014

га з боку вчених саме до основного складу злочину. Існуючі теорії складу злочину стосуються явища в цілому, розроблені ще у середині 20-го століття і навряд чи можуть задовольнити сучасного дослідника, адже реалії існування кримінально-правової матерії: агресивність, безсистемність та кон'юнктурність змін до Кримінального кодексу України (далі – КК України), – вимагають повернення та перегляду традиційних підходів до визначення ключового поняття кримінального права – складу злочину. Причому, як видається, увага насамперед має бути зосереджена на основному складі – цеглині, яка лежить в основі кримінального права; засобі, за допомогою якого визначається коло суспільно-небезпечної та караної поведінки, відповідальність за яку передбачена законодавством про кримінальну відповідальність.

Першою тезою може стати те, що основний склад злочину – це цеглинка «зовнішніх стін» кримінального права, сукупність основних складів злочинів у кримінальному праві є виключним інструментом визначення меж його впливу на суспільні відносини, визначення меж та обсягу криміналізації, встановлення вичерпного переліку підстав недиференційованої кримінальної відповідальності.

Поняття складу злочину в цілому у теорії кримінального права як правило особливих суперечок не викликає. Склад злочину за визначенням більшості вчених – наукова абстракція – становить собою сукупність передбачених кримінальним законом об'єктивних та суб'єктивних ознак, які характеризують суспільно небезпечне діяння як злочин. Причому визначення загального поняття складу злочину фактично однаково визначається і у теорії кримінального права України, й у російській кримінально-правовій доктрині: склад злочину – це сукупність передбачених кримінальним законом об'єктивних та суб'єктивних ознак, які характеризують суспільно-небезпечне діяння як злочин. Склад злочину – це сукупність визначених Кримінальним законом об'єктивних та суб'єктивних ознак, що характеризують відповідне суспільно небезпечне, протиправне винне діяння (дію або бездіяльність) як злочин.

При цій відносній одноманітній різноманітності визначень загального поняття складу злочину, важливим є виділення істотних необхідних ознак цього поняття, які притаманні всім без винятку поняттям про склад злочину. Особливо важливим такий підхід є у зв'язку із необхідністю визначити поняття основного складу злочину та з'ясування того, чи повинне відрізнятися загальне поняття складу злочину від поняття основного складу злочину.

Аналіз цього правового феномену та наукових визначень його природи дає підстави для висновку про те, що ознаками загального поняття складу злочину є:

1) це юридична конструкція, характер якої виражений у поданих визначеннях словами «сукупність елементів», «система елементів», «юридична модель» та ін., які відрізняються між собою залежно від правових підходів їх авторів, проте жодним чином не міняють суті цієї властивості поняття – склад злочину одна з найбільш поширених юридичних конструкцій у кримінальному праві;

2) складовими частинами юридичної конструкції складу злочину є певні «одиниці» (елементи чи/та ознаки), які характеризують об'єктивний та суб'єк-

тивний склад людської поведінки – фактично всі можливі сторони реального акту поведінки;

3) мета існування цієї конструкції – визначення діяння злочином.

При цьому ознаки загального поняття складу злочину повинні повною мірою міститися у всіх без винятку поняттях про різновиди складів злочинів, які тільки можуть бути виділені у теорії кримінального права. На цьому етапі дослідження видається необхідним зупинитися на тому, що загальне поняття склад злочину та поняття основний склад злочину співпадає за ознаками, виділеними вище.

Таким чином загальне поняття складу злочину можна визначити як *юридичну конструкцію у кримінальну праві, що складається із об'єктивних та суб'єктивних елементів, сукупність яких дає можливість визначити діяння злочином*.

Наступною тезою, є питання, розв'язання якого хочеться запропонувати у цій роботі та яке має безпосереднє значення для піднятої проблематики – є питання співвідношення злочину та складу злочину.

З цієї проблеми сучасна кримінально-правова доктрина може бути представлена позицією Н.О. Лопашенко, яка коротко зводиться до такого: склад злочину не співпадає зі злочином за об'ємом (він вужче); за характерними рисами (злочин – суспільно небезпечне, протиправне, каране і винне вчинене діяння, склад – сукупність об'єктивних і суб'єктивних елементів); на кінець, за природою (склад – законодавча конструкція, злочин – реальність, які знаходиться у соціальному житті суспільства, яке й несе відбиток волі законодавця, який визнає злочин злочином).

Спільним для наведених підходів, може стати порівняння між собою правових феноменів, які перебувають у різних площинах та фактично не є порівнюваними. Цей підхід, м'яко кажучи є методологічно невірним. У цьому відношенні більш ґрунтовними є положення, викладені у «луганському» підручнику з кримінального права. Так, його автори зазначають, що співвідношення між злочином та складом злочину можливо розглядати принаймні в трьох основних аспектах: злочин як реальне явище та юридичний склад злочину; загальне поняття злочину та теоретичний склад злочину; злочин як реальне явище та фактичний склад злочину.

Проблема співвідношення понять злочину та складу злочину, видається лежить у площині правильної постановки питання. Здається що порівнянню, визначенню співвідношення, підлягають тільки однопорядкові явища, якими у нашому випадку є поняття злочину та поняття складу злочину.

Якщо поняття складу злочину є науковим надбанням, то поняття злочину дається законодавцем у ст. 11 КК України як передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Отже, ознаками поняття злочину є: 1) кримінальна протиправність; 2) суспільна небезпека; 3) винність; 4) діяння (дія або бездіяльність); 5) вчинення такого діяння суб'єктом злочину. При цьому ознаками, які характеризують власне поняття злочину є лише перші дві зі всіх названих вище, адже 3–5 ознаки входять

у зміст об'єктивних та суб'єктивних елементів складу злочину і, на нашу думку, є зайвими у загальному понятті злочину, служать швидше для завершеності правового припису у законі. Те, що загальному поняттю злочину притаманні практично лише дві ознаки: кримінальна протиправність та суспільна небезпека, не виходить за класичні для кримінального права формальний, матеріальний чи змішаний підхід до визначення злочину в цілому.

Враховуючи наведене вище, запропонуємо наступне визначення загального поняття складу злочину: *це юридична конструкція у кримінальному праві, що складається із об'єктивних та суб'єктивних елементів, сукупність яких дає можливість визначити поведінку суспільно небезпечною та кримінально-протиправною.* Натомість поняття злочину можна запропонувати із використанням таких ознак: *суспільно небезпечна поведінка особи, об'єктивні та суб'єктивні ознаки якої та наслідки її вчинення передбачені у КК України*. Такий підхід, як видається, знімає суперечності співвідношення між досліджуваними поняттями та засвідчує те, що поняття злочин та поняття склад злочину відображають одне і те саме явище, щоправда із різних кутів зору.

Вказані міркування мають відношення до теми, що піднята у цій роботі, у такому аспекті: ми визначили, що однією з ознак загального поняття складу злочину є мета існування цієї конструкції – визначення діяння злочином, а саме – поведінкою, передбаченою у КК України та суспільно небезпечною, а точніше – спочатку суспільно небезпечною, а потім, як наслідок, передбаченою у КК України. Як ми покажемо нижче, дана ознака має найважливіше значення для визначення поняття основного складу злочину.

Тепер ознайомимось із надбаннями теорії кримінального права саме стосовно розуміння основного складу злочину. Як не дивно, відшукати визначення даного поняття у спеціальній літературі складає певні труднощі. Здебільшого автори обмежуються вказівкою на існування цього виду загального поняття складу. Основним способом визначення вказаного поняття є таке визначення – основний склад злочину – це склад злочину, в якому не передбачені обтяжуючі чи пом'якшуючі обставини. Як правило, він описується в диспозиції ч.1 Кримінального кодексу. Або, основний склад злочину – такий, що містить ознаки відповідного злочину, але не містить пом'якшуючих чи обтяжуючих (кваліфікуючих) ознак. І практично все.

Третьою тезою є те, що суть поняття складу злочину або цієї юридичної конструкції у кримінальному праві прийнято розкривати через функції складу злочину. Теорія кримінального права має у своєму арсеналі різні переліки функцій складу злочину, які відрізняються як за номенклатурою цих функцій, так і їх змістом.

Аналіз наявних позицій щодо функцій складу злочину дає підстави для висновку про те, що за своїм змістом багато з перерахованих функцій, не дивлячись на різні назви, означають одні й ті самі покликання цієї юридичної конструкції: визначати, які суспільно небезпечні діяння є злочинами за чинним кримінальним правом – фундаментальна; як злочини розмежувати між собою та відмежувати від інших правопорушень – розмежувальна; як забезпечити права людини у криміна-

льному переслідуванні – гарантійна; як встановити коло обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні – процесуальна.

Всі наведені функції притаманні будь-якому складові злочину, не залежно від його виду чи підвиду. Згадаємо також, що ми анонсували велике значення третьої ознаки загального поняття – визначення поведінки як злочину, або іншими словами – кваліфікація поведінки як суспільно небезпечної та кримінально протиправної. Враховуючи це зупинимося детальніше на фундаментальній функції складу злочину, яка, як видається, залежно від виду складу злочину, має різний, відмінний зміст. Нагадаємо, що у зміст фундаментальної функції вкладають те, що склад є законною, єдиною, необхідною, і достатньою підставою кримінальної відповідальності, також те, що склад злочину є засобом криміналізації (декриміналізації) суспільно небезпечних діянь та за допомогою складу злочину встановлюються межі кримінальної відповідальності за конкретні суспільно-небезпечні діяння; склад злочину виступає одним із засобів визначення меж кримінально-правового регулювання; складу злочину – це правовий фундамент настання кримінальної відповідальності. Зі всього перерахованого вище основний склад злочину очевидно є засобом криміналізації (декриміналізації) суспільно небезпечних діянь – і ця ознака є базовою, головною саме для цього виду складу злочину. На відміну від кваліфікованих та привілейованих складів, які не визначають межі криміналізації – основний склад є «прикордонною смугою» кримінально протиправного та суспільно небезпечного із кримінально правомірним та суспільно нейтральним. Тільки основний склад злочину містить так звану кримінально-правову заборону.

Підсумовуючи викладене, видається, є підстави стверджувати, що основний склад злочину – *це юридична конструкція у кримінальному праві, що складається із об'єктивних та суб'єктивних елементів, сукупність яких містить кримінально-правову заборону, що визначає межі суспільно небезпечного та кримінально-протиправного*.

УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ СВОБОДИ ВІРОСПОВІДАННЯ: СУЧАСНІ ПІДХОДИ

В. Маркін

Львівський національний університет імені Івана Франка

Останніми роками значно посилився інтерес українських вчених до вивчення проблем кримінально-правової охорони свободи віросповідання; відченням цього є збільшення кількості дисертаційних досліджень, присвячених окрес-

© Маркін В., 2014

леній проблематиці: якщо у радянський період, наскільки нам відомо, була захищена усього одна кандидатська дисертація, то починаючи з 1991 року таких налічується аж п'ять. Причому, кожен автор має своє бачення редакцій тих чи інших статей, пропонує відповідні зміни до КК України.

У зв'язку з цим, виникла необхідність аналізу висловлених пропозицій, перевірки їх обгрунтованості з метою з'ясування ключового питання: потребує чинний КК України таких змін чи ні? Звісно ж, у межах цієї доповіді неможливо охопити усі наявні у кримінально-правовій літературі пропозиції, тому ми проаналізуємо лише ті з них, які відображені у двох останніх дисертаційних дослідженнях.

Одну із таких пропозицій висловила у своїй кандидатській дисертації на тему «Свобода віросповідання як об'єкт кримінально-правової охорони» І.Г. Швидченко. Дослідниця вважає, що існують підстави для встановлення кримінальної відповідальності « … не тільки за перешкоджання здійсненню релігійного обряду, але й за перешкоджання діяльності релігійної організації»; з цією метою пропонується доповнити КК України ст. 180-1 «Перешкоджання діяльності релігійної організації», у ч. 1 якої б йшлося про «Перешкоджання діяльності релігійної організації з мотивів релігійної ворожнечі або ненависті, що призвело до неможливості подальшої діяльності такої організації або суттєво ускладнило її діяльність … », а у ч. 2 – «Те саме діяння, вчинене службовою особою … ».

Оцінюючи цю пропозицію, доцільно звернути увагу на наступні обставини.

По-перше, сумнівною є сама потреба у забезпеченні кримінально-правової охорони будь-якої «діяльності релігійної організації», адже така діяльність є досить різноманітною і характеризується множинністю форм. Так, Р.А. Підопригора справедливо підкреслює, що релігійні організації можуть здійснювати не лише релігійну діяльність, але й «діяльність, яка не є релігійною» – виробничо-господарську, комерційну, культурно-просвітницьку; на думку О.Ю. Валявіної «Будь-яку діяльність релігійної організації слід поділити на релігійну … й іншу, супутню їй, діяльність, яка не відображає специфіки релігійної організації».

Згідно ч. 1ст. 7 ЗУ «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р. релігійні організації в Україні створюються « … з метою задоволення релігійних потреб громадян сповідувати і поширювати віру», а діяльність щодо забезпечення саме вказаної мети й обумовлює особливості їх правової природи. Що ж стосується інших видів діяльності (зокрема, виробничої, господарської чи добродійної), то вони не відображають специфіки релігійних організації;перешкоджання їх здійсненню, на наш погляд, не потребує криміналізації.

По-друге, важко зрозуміти, яка користь від паралельного існування двох статей, одна з яких встановлюватиме кримінальну відповідальність за перешкоджання здійсненню релігійного обряду (ч. 1 ст. 180 КК України), а інша – за перешкоджання діяльності релігійних організацій (ст. 180-1 КК України). Адже відомо, що проведення богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій і є основним, найпоширенішим різновидом діяльності релігійних організацій (ч. 2 ст. 21 ЗУ «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р.).

Натомість, шкода від реалізації такої пропозиції очевидна: у випадку перешкоджання здійсненню релігійного обряду, що проводиться релігійною організацією, між відповідними нормами виникатиме конкуренція, вид якої, а отже – і правила її подолання, буде неможливо встановити. На перший погляд, йтиметься про конкуренцію загальної (ч. 1 ст. 180-1 КК України) та спеціальної норм (ч. 1 ст. 180 КК України), оскільки здійснення релігійних обрядів є проявом діяльності релігійної організації загалом; проте, насправді «спеціальні» ознаки буде містити кожна із цих норм – у ст. 180 КК України уточнено вид діяльності, перешкоджання якому є кримінально-караним, тоді як у проектованій ст. 180-1 КК України конкретизовано потерпілого (ним виступатиме релігійна організація), а також мотив вчинення злочину. Як вирішувати такі ситуації І.Г. Швидченко не пояснює.

По-третє, непослідовним видається підхід автора відносно формулювання суб'єктивних ознак складу злочину, передбаченого проектованою ст. 180-1 «Перешкоджання діяльності релігійної організації» КК України:пропонується встановити кримінальну відповідальність за перешкоджання будь-якій діяльності релігійної організації (як релігійній, так і нерелігійній), проте коло випадків такого перешкоджання чомусь обмежується мотивами «релігійної ворожнечі або ненависті».

Зрозуміло, що у випадку перешкоджання діяльності релігійної організації свобода віросповідання зазнає шкоди незалежно від того, з яких мотивів вчинене таке перешкоджання (не менш небезпечними, на наше переконання, є корисливі мотиви чи мотиви помсти); крім того, вказане формулювання мотиву не узгоджується із п. 3 ч. 2 ст. 67 «Обставини, які обтяжують покарання» КК України, де законодавець використовує зовсім інше формулювання – «вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату».

По-четверте, спірною є позиція автора щодо визнання суспільно небезпечних наслідків у вигляді «ускладнення» діяльності релігійної організації, «неможливості подальшої діяльності такої організації» обов'язковою ознакою об'єктивної сторони пропонованого складу злочину – складність встановлення їх змісту на практиці є очевидною і не потребує доведення.

Додатково зазначимо, що існування у ст. 180 та проектованій автором ст. 180-1 КК України різних за характером суспільно небезпечних наслідків поставить перед суб'єктами кримінально-правової кваліфікації непрості завдання, пов'язані із вирішенням питань конкуренції вказаних норм, при якій один із злочинів буде закінченим, а інший – ні.

Не залишився осторонь дискусій також О.В. Білаш, який у своїй дисертації «Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо релігійних споруд або святинь» виклав власне бачення редакції статті про кримінально-правову охорону об'єктів релігійного призначення:автор пропонує виключити ст. 179 КК України, а кримінальну відповідальність за усі «незаконні дії щодо релігійних споруд або святинь» передбачити у одній статті – ст. 178 «Умисні незаконні дії щодо релігійних споруд або святинь» КК України. Диспозицію ч. 1 цієї статті пропонується сформулювати так: «Незаконне утримування, пошкодження, осквернення, зруй-

нування чи знищення релігійної споруди або святині»; кваліфікований склад злочину повинен передбачати «Ті самі дії, вчинені з корисливих чи хуліганських мотивів, або поєднані із застосуванням насильства чи погрозою його застосування, або службовою особою з використанням службового становища, або з метою привернення уваги громадськості до певних релігійних чи інших поглядів винного», а особливо кваліфікований – «Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки».

Потрібно відзначити основні недоліки запропонованого автором рішення.

По-перше, невдалою є сама назва проектованої ст. 178 «Умисні незаконні дії щодо релігійних споруд або святинь» КК України, що не дає навіть приблизного уявлення про те, яка ж поведінка визнається суспільно небезпечною і кримінально-караною; обійтися загальним формулюванням «незаконні дії» тут навряд чи можна, адже незаконними діями є абсолютна більшість правопорушень.

Крім того, у назві статті чомусь вжито поняття «дія», хоча незаконне утримування об'єктів релігійного призначення може вчинятися шляхом бездіяльності (наприклад, представник ліквідованої релігійної організації всупереч рішенню суду не передає релігійну святиню іншій релігійній організації). Проте, ця неточність істотних проблем не створить, адже «назва структурного елемента закону призначена, головним чином, для полегшення пошуку відповідного розділу, статті» (В.О. Навроцький); труднощі викличе аналогічна помилка, допущена при конструюванні кваліфікованого та особливо кваліфікованого складів злочину – «Ті самі дії …» (ч. 2), «Дії, передбачені частиною першою або другою …» (ч. 3).

По-друге, викликає заперечення механічне об'єднання у одній статті діянь, які на сьогодні передбачені двома самостійними статтями: ст. 178 «Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків» та ст. 179 »Незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь» КК України; безумовний позитив такого рішення полягає у тому, що воно покладе край існуючій практиці кваліфікації за сукупністю вказаних статей діянь осіб, які зруйнували чи пошкодили релігійну споруду, яка, водночас, визнана релігійною святинею.

Що ж стосується реалізації цього рішення, то вдалою її назвати складно: а) незрозуміло, чому автор одночасно використовує у диспозиції пропонованої статті поняття «знищення» та «зруйнування», адже перше з них є ширшим за обсягом і повністю охоплює друге; б) помилковим є також паралельне використання, з одного боку, понять «знищення», «зруйнування», «пошкодження» та, з іншого боку, поняття «осквернення» – умисне знищення, зруйнування чи пошкодження об'єкта релігійного призначення завжди свідчить про його осквернення.

По-третє, важко пояснити, чим обумовлена необхідність уведення кваліфікуючої ознаки « … з корисливих мотивів», адже таке рішення створить проблему при визначенні співвідношення між проектованою ст. 178 КК України та статтями розділу V «Злочини проти власності» Особливої частини КК України.

Справа у тому, що саме ця ознака суб'єктивної сторони на сьогодні дозволяє правильно кваліфікувати випадки так званих «церковних крадіжок», коли предметом злочину виступає майно культового призначення (стародавні іко-

ни, церковні книги, інші предмети, що використовуються під час здійснення релігійних обрядів), у тому числі, релігійні святині. У випадку, коли такі святині викрадаються з корисливим мотивом (продажу за кордон, відокремлення коштовностей, переплавлення тощо), дії винного потрібно визнавати розкраданням і кваліфікувати за відповідною статтею розділуV «Злочини проти власності» Особливої частини КК України; тоді ж, коли такий мотив відсутній (наприклад, вилучення релігійної святині відбувається з метою задоволення релігійних потреб), вчинене кваліфікується за ст. 179 КК України. Уведення корисливого мотиву як кваліфікуючої ознаки аналізованого складу злочину істотно ускладнить ситуацію, створить проблеми для правозастосовної практики.

І, по-четверте, автор допускає помилку у формулюванні особливо кваліфікованого складу злочину: «Дії … вчинені шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, якщо це спричинило загибель людей або інші тяжкі наслідки». Адже буквальне тлумачення цитованого положення дозволяє зробити висновок про те, що для його застосування обов'язковою є наявність і загальнонебезпечного способу, і відповідних наслідків.

Завершуючи, доводиться констатувати: проаналізовані пропозиції щодо удосконалення законодавства України про кримінально-правову охорону свободи віросповідання є недостатньо продуманими та обґрунтованими. Їх реалізація на законодавчому рівні не лише не усуне існуючих проблем, але й створить нові, ще більш складні і заплутані проблеми, вирішити які буде вкрай складно, а інколи – просто неможливо.

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ФАКТИЧНОЇ ПОМИЛКИ

Б. Мелих

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із засадничих правових принципів, на які опирається сучасне кримінальне право, є принцип суб'єктивного інкримінування. Послідовне дотримання цього принципу вимагає, перш за все, врахування вини особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння.

Якщо йдеться про умисні злочини, коли особа правильно усвідомлює фактичні обставини та юридичні властивості свого діяння, то встановлення вини, зазвичай, не становить проблеми. Значно складнішою є ситуація, коли особа допускає помилку при оцінці вчинюваної нею дії або бездіяльності. Така помилка може спричинити суттєві труднощі при здійсненні кримінально-правової кваліфікації.

© Мелих Б., 2014

Аналіз спеціальної літератури, що зачіпає проблематику помилки за кримінальним правом, дає підстави для висновку про те, що останнім часом окремі автори значну увагу приділяють кримінально-правовому значенню юридичної помилки. Це зрозуміло, адже в останні десятиліття кримінальне право України та інших постсоціалістичних держав зазнало значних системних змін, які потягли за собою потребу в переосмисленні деяких положень, які раніше сприймалися доктриною як непорушні. Серед таких положень є правило про те, що юридична помилка не впливає на кримінальну відповідальність.

Водночас, при висвітленні кримінально-правового значення різних видів фактичної помилки (в тому числі її впливу на кримінально-правову кваліфікацію діяння) науковці часто обмежуються некритичним викладом усталених в доктрині позицій. Часто автори упускають найбільш суперечливі аспекти кваліфікації фактичних помилок, обмежуючись лише аналізом загальних правил. Однак, видається, що деякі наведені в літературі правила кваліфікації фактичної помилки не можуть бути сприйнятими безапеляційно.

Зокрема, важко дати однозначну відповідь на питання про значення помилки щодо об'єкта злочину, його предмета чи особи потерпілого у тому разі, якщо ці ознаки складу злочину є розмежувальними або покладені в основу виділення спеціальних кримінально-правових норм.

Спробуємо коротко проаналізувати деякі проблемні моменти, що стосуються кримінально-правової кваліфікації фактичних помилок.

Передусім, слід зазначити, що вплив фактичної помилки на кримінально-правову кваліфікацію діяння залежить від низки факторів. По-перше, від того, щодо яких ознак складу злочину особа помиляється: об'єкта злочину, його предмета, особи потерпілого, суспільно небезпечного діяння тощо. По-друге, від того, яку роль відіграє відповідна ознака в конкретному складі злочину, а саме: є вона конститутивною, конститутивно-розмежувальною (термін В.А. Якушина), лежить в основі виокремлення кваліфікованих (особливо кваліфікованих) чи привілейованих складів злочинів, є такою, що пом'якшує або обтяжує покарання або не має жодного кримінально-правового значення. По-третє, від характеру помилки, тобто від того, є вона позитивною (коли в уяві особи відображені певні обставини, яких немає у дійсності) чи негативною (коли особа не знає про певні реально існуючі обставини вчинюваного діяння). Нарешті, по-четверте, від передбаченої щодо конкретного злочину форми вини.

Сьогодні положення про те, що фактична помилка впливає на кримінальну відповідальність особи не підлягає сумніву. Як наслідок, *негативна помилка* щодо тих фактичних обставин справи, які характеризують ознаки основного чи кваліфікованого (особливо кваліфікованого, привілейованого) складу злочину, виключає можливість інкримінування особі цих обставин.

Якщо виходити з того, що релевантна фактична помилка виключає умисел (тобто згідно з підходом, притаманним сучасній кримінально-правовій доктрині ФРН, Республіки Польщі та інших держав романо-германської правової традиції), то матимемо наступне значення відповідної помилки для кваліфікації. Негативна помилка щодо ознаки, яка є конститутивною виключає склад умис-

ного злочину. Якщо особа не могла та не повинна була усвідомлювати помилковість свого припущення, то відсутня будь-яка вина особи, отже вона не може бути притягнута до кримінальної відповідальності. Незнання особою кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак певного складу злочину, а також обставин, які обтяжують покарання, тягне за собою неможливість інкримінування цих ознак особі. Те саме стосується тих ознак, які лежать в основі виокремлення привілейованих складів злочинів, та обставин, які пом'якшують покарання.

Значно складніше на практиці здійснити кримінально-правову кваліфікацію *позитивних фактичних помилок*. Зокрема, у спеціальній літературі існує декілька підходів до кваліфікації діяння особи, яка помиляється щодо властивостей потерпілого, які обумовлюють вищу суспільну небезпеку посягання. Відповідно до цих підходів відповідну фактичну помилку пропонують кваліфікувати таким чином:

а) як закінчений злочин, який фактично було вчинено (Л.А. Андреєва);

б) за сукупністю – як вбивство з необережності та замах на умисне вбивство з кваліфікуючими обставинами (В. Ф. Кириченко);

в) за сукупністю – як просте умисне вбивство та замах на вбивство з кваліфікуючими обставинами (Е.Ф. Побігайло);

г) як замах на вбивство з кваліфікуючими обставинами (А.А. Піонтковський, М.Д. Дурманов, Н.Ф. Кузнєцова, О.І Рарог, А.Цоль.);

ґ) як закінчене вбивство з кваліфікуючими обставинами (Г.А. Злобін, В.М. Кудрявцев, С.В. Бородін, Г.М. Борзенков).

Перший підхід аж ніяк не може бути сприйнятий, оскільки не враховує спрямованості умислу особи та веде до об'єктивного інкримінування. Причому не можна визнати задовільною мотивацію прихильників, які обґрунтовують його застосування тим, що всі сумніви повинні вирішуватися на користь особи.

Також не можна погодитися з пропозицією кваліфікувати скоєне як ідеальну сукупність двох кримінально-правових норм, оскільки це порушення фундаментального принципу *non bis in idem*. Така сукупність є штучною, оскільки особа мала намір вчинити один злочин і таки вчинила один злочин, однак не той, який охоплювався її умислом. Як зазначає Г.М. Борзенков, такий варіант не тільки теоретично неправильний, але й несправедливий фактично, адже передбачає можливість призначення покарання за сукупністю злочинів.

Точка зору тих науковців, які пропонують кваліфікувати такий вид фактичної помилки як замах на вбивство з кваліфікуючими обставинами сьогодні є найбільш поширеною у спеціальній літературі. Вона відображена і в деяких роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України (зокрема в абзаці другому п. 9 Пленуму Верховного Суду України № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 7 лютого 2003 р.). Однак, він також має серйозні недоліки. Зокрема, суперечить принципам повноти та точності кримінально-правової кваліфікації. По-перше, діяння, яке об'єктивно і суб'єктивно (у свідомості особи на час його вчинення) є закінченим злочином, пропонують кваліфікувати як замах на злочин. По-друге, як і при кваліфікації за сукупністю, таке рішення є несправедливим, адже ст. 68 КК України передбачає

«пільгове» покарання для осіб, які вчинили готування до злочину чи замах на злочин. Таким чином, максимальний строк (розмір) найбільш суворого покарання особі, яка допустила відповідну помилку, може бути нижчим, ніж для особи, яка вчинила злочин без відповідної кваліфікуючої ознаки. Крім цього, слід зазначити, що кваліфікація формально закінченого діяння як замаху на злочин є не чим іншим як юридичною фікцією. А фікція, як зазначають у спеціальній літературі, повинна застосовуватися лише за виняткових обставин, коли іншим способом (зокрема шляхом прямого застосування закону) неможливо досягти поставленої мети. Однією з ознак фікції є те, що вона ґрунтується на аналогії права чи закону. А, як відомо, застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено у ч. 4 ст. 3 КК України, незалежно від того, веде це до покращення чи погіршення становища особи, дії якої кваліфікують.

Нарешті, останній підхід критикують за те, що відображаючи суб'єктивну сторону діяння, він не відповідає об'єктивній, оскільки наслідок, якого прагнула винувата особа, не настав(Н.Ф. Кузнєцова). Слід зазначити, що тут також застосовується фікція – особі інкримінують діяння, якого вона об'єктивно не вчинила внаслідок помилки.

Таким чином, кожен з наведених підходів має недоліки, тому, як зазначає російський дослідник А.Н. Попов, доводиться робити вибір між «поганим» та «дуже поганим».

Видається, що вирішення проблеми кваліфікації позитивних фактичних помилок слід шукати не у площині внесення змін до особливої частини кримінального кодексу (бо це практично неможливо і необґрунтовано) і навіть не у виробленні нових принципів та правил кримінально-правової кваліфікації. Можна припустити, що основною причиною неможливості кваліфікувати відповідні діяння таким чином, щоб це не вело до порушення тих чи інших принципів кримінально-правової кваліфікації, є невідповідність існуючої концепції складу злочину сучасному розумінню злочину як винного діяння.

Склад злочину, як відомо, становить собою єдність об'єктивних та суб'єктивних ознак складу злочину. Причому в останніх повинні знаходити відображення всі юридично значущі об'єктивні обставини. Отже, ця концепція цілком відповідає вимогам практики в абсолютній більшості випадків. Однак, вона може виявитися безсилою тоді, коли єдність об'єктивних та суб'єктивних ознак складу злочину відсутня, зокрема при помилці суб'єкта злочину.

Для вирішення цієї проблеми можна запропонувати дещо змістити акценти щодо співвідношення елементів та ознак складу злочину. Зокрема, варто підвищити роль суб'єктивної сторони загалом та вини зокрема (на зразок англо-американської концепції *mens rea*). Виходячи з того, що у вині особи мають бути відображені всі об'єктивні обставини скоєного, слід закріпити правило, що у разі розходження вчиненого з задуманим, перевага повинна надаватися саме останньому.

Таким чином, найбільш правильним видається кваліфікувати дії особи, яка помилково припускала наявність у вчиненому певної кваліфікуючої ознаки як закінчений злочин з цією ознакою.

НЕПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗЛОЧИН: ЧИ ДІЄ ПРИНЦИП «НЕМА ЗЛОЧИНУ БЕЗ ЗАКОНУ»?

Я. Остапик

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із прийняттям КК України 2001 р. діяння, яке полягає у неповідомленні про злочин не закріплено у кримінальному законі, як окремий склад злочину. Це дає підстави стверджувати про декриміналізацію у 2001 р. неповідомлення про злочин та неможливість притягнення до кримінальної відповідальності за неповідомлення про злочин, за винятком випадків, передбачених ч. 7 ст. 27 КК України, коли обіцяне до закінчення вчинення злочину неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин містить ознаки іншого злочину.

З іншого боку попри декриміналізацію неповідомлення про злочин в рамках кримінального закону, недостатність наукових розробок та відповідної систематизації судової практики щодо причетності до злочину призводить до помилок при кваліфікації злочинів, які становлять причетність до злочину, а найголовніше до порушення принципу кримінального права Nullum crimen sine lege (нема злочину без закону).

Принципово хибною, на нашу думку, є непоодинока судова практика включати неповідомлення про злочин у склад злочину ст. 396 КК України, який встановлює відповідальність за інший вид причетності – заздалегідь необіцяне приховування злочину, внаслідок чого складається практика притягнення до кримінальної відповідальності за причетні діяння, які згідно чинного кримінального закону не є протиправними.

Так, на нашу думку, помилково, вироком Самбірського районного суду Львівської області від 20.04.2011 р. по справі № 1–111/2011 за ч. 1 ст. 396 КК України кваліфіковано дії особи, яка достовірно знаючи про те, що інша особа вчинила тяжкий злочин, а саме проникнення в гараж та незаконне заволодіння транспортним засобом умисно, не повідомила про даний факт правоохоронні органи, заздалегідь не обіцяючи про це, чим зашкодила інтересам правосуддя в частині забезпечення своєчасного виявлення, припинення та розкриття злочину. Аналогічно вироком Шевченківського районного суду м. Львова від 29.11.2009 р. як заздалегідь необіцяне приховування тяжкого злочину були кваліфіковані дії особи, яка будучи присутньою при вчиненні тяжкого злочину іншими особами, а саме відкритого заволодінням майном та знаючи, що він був вчинений за попередньою змовою групою осіб і маючи після вчинення вказаного злочину реальну можливість повідомити про це правоохоронні органи, цього не зробила. Кваліфікація неповідомлення про злочин у якості заздалегідь необіцяного приховування злочину закріплена також у вироку Сокирянського районного суду Чернівецької області від 06.12.2012 р.

© Остапик Я., 2014

У даному випадку особи, які притягуються до кримінальної відповідальності за приховування злочину в рамках ст. 396 КК України не вчинюють жодних активних дій, які спрямовані на приховування злочину, а з об'єктивної сторони їх діяння складає чисту бездіяльність – неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або вчинюваний злочин. Проте, чи підставно вміняти ст. 396 КК України за неповідомлення про злочин, навіть якщо воно було заздалегідь обіцяним? Відповідь на це питання лежить у площині об'єктивної сторони заздалегідь необіцяного приховування злочину і зокрема зокрема можливість вчинення такого приховування шляхом бездіяльності.

При цьому слід зазначити: ще у кримінально-правовій літературі радянського періоду висловлювалась позиція про те, що приховування злочину передбачає активну поведінку винної особи (А.А. Піонтковський, М. Блум, П.І. Грішаев, Г.А. Крігер, І.А. Бушуєв,), оскільки приховування – це сприяння злочинцю в його ухиленні від правосуддя і може проявлятись у будь-якій активній діяльності, яка допомагає злочинцю не бути виявленим органами влади, оскільки при заздалегідь необіцяному приховуванні особа вступає у певний зв'язок, який є зовнішнім виразом згоди, укладеної до або під час приховування злочинця або слідів злочину.

В українській кримінально-правовій літературі позиція щодо вчинення приховування злочину шляхом дій знайшла відображення у навчальній літературі, так М.І. Мельник вважає, що приховування злочину може бути вчинено лише шляхом активних дій, зокрема у наданні злочинцеві сховища, знищенні слідів злочину, переміщення знарядь злочину в інше місце, забезпечення злочинця підробленими документами. Ю.В. Александров притримується думки, що об'єктивну сторону приховування складають активні дії. Інші автори, не вдаючись до ствердження про вчинення приховування лише активним діями, тим не менше пишуть про приховування, як про дії. Так, юридична енциклопедія визначає приховування злочину як заздалегідь необіцяні дії, що перешкоджають виявленню злочину, усунення його наслідків або притягненню винних до кримінальної відповідальності.

Випадки приховування злочинів шляхом бездіяльності наводять сучасні дослідники, зокрема російський науковець О.І. Семикіна, вказуючи на заздалегідь необіцяне приховування правоохоронними органами злочинів шляхом відмови у реєстрації злочинів. Проте лише на перший погляд відмова у реєстрації заяви про вчинення злочину з метою приховати його вчиняється саме шляхом бездіяльності, для приховування злочину службова особа не вчиняє дій, які вона повинна вчинити в силу своїх повноважень. Слід звернути увагу на ту обставину, що у ситуації відмови у реєстрації злочину важко виділити чисту бездіяльність, адже для того, щоб відмовити у прийнятті заяви про вчинення злочину, особі необхідно вчинити певні дії, які мають об'єктивацію у зовнішньому світі. Крім того, характеризуючи бездіяльність Н.Н. Ярмиш вказує, те, що ми називаємо пасивністю насправді є внутрішньою дією, яким є те чи інше відношення людини до певних життєвих фактів, і відповідно має сугубо соціальний зміст Таким чином приховування злочинів шляхом відмови службовою особою у по-

рушенні кримінальної справи, на нашу думку, вчиняється активною діяльністю, яка відповідно може бути кваліфікована, як приховування злочину.

Окрім того, визнання можливості вчинення приховування злочину шляхом бездіяльності буде сприяти неправильній кваліфікації злочину, адже у злочинах, які вчиняються шляхом бездіяльності, як правило, елементом, який визначає суспільну небезпеку діяння, є суспільно-небезпечні наслідки, а зважаючи на те, що заздалегідь необіцяне приховування належить до формальних складів злочину, визнання можливості пасивного приховування сприятиме необґрунтованому розширенню кола кримінально-караного приховування злочину.

Слід також зазначити, що саме об'єктивна сторона заздалегідь необіцяного приховування, що полягає у активних діях повинна бути головною ознакою відмежуванню двох видів причетності до злочину – заздалегідь необіцяного приховування злочину та неповідомлення про злочин, яке вчиняється лише шляхом бездіяльності.

Таким чином вчинення заздалегідь необіцяного приховування злочину шляхом бездіяльності виходить за рамки об'єктивної сторони приховування злочину, як наслідок, неповідомлення про злочин, як чиста бездіяльність не містить ознаки злочину передбаченого ст. 396 КК України, а вмінення цієї статті особам, які вчинили неповідомлення про злочин є порушенням принципу «нема злочину без закону» та помилкою у кваліфікації ст. 396 КК України, яка має своїм результатом безпідставне розширення кола кримінально-караного приховування злочину за рахунок притягнення до відповідальності осіб, які вчинили неповідомлення про злочин.

Джерелом чисельних помилок у кваліфікації причетності до злочину, де судами неповідомлення про злочин кваліфікується як заздалегідь необіцяне приховування злочину, очевидно є неправильне розуміння ознак складу злочину, передбаченого ст. 396 КК України, а серед причин таких помилок відсутність у теорії кримінального права чітких роз'яснень щодо ознак складів злочинів, що складають причетність до злочину.

ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Л. Палюх

Львівський національний університет імені Івана Франка

Наукова класифікація злочинів проти правосуддя є необхідною з метою більш глибокого вивчення зв'язків між окремими видами злочинів проти правосуддя, відмежування від суміжних або конкуруючих складів злочинів, що знаходяться в інших розділах Особливої частини КК України, з метою правильної

© Палюх Л., 2014

кваліфікації відповідних злочинів, а також вирішення низки питань, що стосуються їх систематизації в Особливій частині КК України.

У філософському енциклопедичному словнику дається таке визначення поняття «класифікація»: це багатоступеневий, розгалужений поділ логічного об'єму поняття. Результатом класифікації є система співпідпорядкованих понять: подільне поняття є родом, нові поняття – видами, видами видів (підвидами) і т. д. У логічному словнику дається таке визначення поняття класифікації: це розподіл предметів якогось роду на взаємопов'язані класи відповідно до найбільш суттєвих ознак, що притаманні предметам даного роду і відрізняють їх від предметів інших родів, при цьому кожний клас займає у системі, що склалася, певне постійне місце, і, своєю чергою, поділяється на підкласи.

Виходячи з цих положень спробуємо розглянути питання про класифікацію злочинів проти правосуддя.

При здійсненні наукової класифікації злочинів, як видається, слід виходити з положень, сформульованих В.Я. Тацієм. Зокрема, таких:

– систематизація окремих груп злочинів повинна здійснюватися на основі одного або одних і тих самих класифікаційних критеріїв, – відступ від цієї вимоги призводить не до наукової систематизації злочинів, а до «зручного» їх групування;

– наукова система будь-яких злочинів вимагає включення в неї всіх злочинів, що посягають на один і той самий родовий об'єкт. Лише при цій умові може бути представлена для вивчення і практичного застосування повна система кримінально-правових норм, які спрямовані на охорону певного об'єкта.

У науці кримінального права висловлюються різні позиції щодо критеріїв класифікації злочинів проти правосуддя.

В радянський період серед вчених поширеною була класифікація злочинів проти правосуддя за ознаками, що характеризують суб'єкта злочину. Видається, що класифікація злочинів проти правосуддя за цим критерієм не завжди дає змогу визначити, до якого з розділів Особливої частини кримінального закону слід віднести ту чи іншу норму, що передбачає відповідний склад злочину, оскільки не відображає специфіки саме тих суспільних відносин, на які посягає злочин. Найкраще таку специфіку суспільних відносин відображають такі їх елементи, як предмет суспільних відносин, соціальний зв'язок. Так, службова особа правоохоронних органів може бути суб'єктом злочинів, що містяться у розділах XV, XVII, XVIII і посягати з використанням свого службового становища на якісно різні суспільні відносини, що мають різний предмет. Тому видається такою, що більш чітко відображає зміст суспільних відносин, на які посягають злочини, їх суспільну небезпеку, їх місце серед інших груп складів злочинів, виділених в Особливій частині КК України, є класифікація злочинів за їх видовим, безпосереднім об'єктом. Така класифікація останнім часом є більш поширеною серед науковців. Основними аргументами на користь класифікації за цією ознакою (критерієм) називається те, що вона логічно продовжує, дозволяє не відійти від критерію класифікації норм, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини, по розділах КК України – за об'єктом. В даному

випадку обґрунтовано, як видається, зазначають Ю.І. Ляпунов, П.Я. Мшвеніерадзе, про те, що поняття систематизації норм права охоплює не лише об'єднання у відособлені групи за ознаками схожості (тотожності) родового об'єкта і формування на даній основі окремих розділів КК, але й порядок групування і послідовності розміщення норм всередині розділів. «В основі першого рівня систематизації норм лежить родовий об'єкт, а другого – головним чином, видовий (безпосередній) об'єкт злочину. В окремих випадках, коли вказані різновиди об'єктів співпадають, … доводиться вишуковувати інші класифікаційні критерії, що відносяться до елементів складу злочину».

Слід зазначити, що основною проблемою, що виникає при здійсненні класифікації злочинів проти правосуддя за груповим (безпосереднім) об'єктом, що виділяються в науці кримінального права, є те, що не завжди витримуються формально логічні вимоги до побудови класифікації, зокрема, щодо того, що один і той самий об'єкт, що виділяється в межах класифікації, не може відноситися до кількох позицій рамках цієї ж класифікації.

Тому видається важливим розробити критерій, який максимально дозволяв би класифікувати злочини проти правосуддя відповідно до зазначених вище вимог до побудови класифікацій.

Слід погодитися з позицією В.Я. Тація в тому, що для систематизації великих груп злочинів недостатньо використовувати лише властивості (особливості) безпосереднього об'єкта конкретного злочину. «Звичайно, безпосередній об'єкт відіграє при побудові даної групи визначальну роль, але цього явно недостатньо для побудови системи тих або інших груп злочинів. Вирішити поставлене завдання можна лише при умові, що одночасно будуть враховані особливості родового, видового (підгрупового) і безпосереднього об'єктів. «Причому родовий об'єкт дозволяє об'єднати в одній главі КК статті про відповідальність саме за ті злочини, які посягають на фактично однорідні за своєю соціально-політичною і економічною сутністю відносини, що охороняються в силу цього єдиним комплексом кримінально-правових норм. Видовий же об'єкт дає можливість виділити в межах однієї величезної групи суспільних відносин порівняно невеликі, специфічні групи відносин, що регулюють різні напрямки державної і суспільної діяльності». З такої позиції, як видається, слід виходити при здійсненні наукової класифікації злочинів, в тому числі і злочинів проти правосуддя.

О.В. Федоров зазначає, що наукове і практичне значення має двоетапна класифікація злочинів проти правосуддя. Вчений здійснює цю класифікацію за видовим об'єктом, зокрема, зазначає, що видовий об'єкт злочинів проти правосуддя включає дві групи відносин по забезпеченню діяльності:

1) суду по здійсненню правосуддя;

2) правоохоронних органів, що надають суду сприяння у здійсненні правосуддя.

Відповідно, виходячи з цього, на першому етапі класифікації злочинів О.В. Федоров виділяє дві групи діянь: а) злочини, що посягають на правосуддя безпосередньо; вони перешкоджають діяльності суду по здійсненню правосуддя; б) злочини, що посягають на правосуддя опосередковано; ці діяння пору-

шують нормальну допоміжну роботу державних органів, що сприяють суду у здійсненні правосуддя у відповідності з його метою та завданнями. Наступне групування досліджуваних діянь, на думку вченого, необхідно здійснювати, виходячи зі змісту діяльності відповідного державного органу, що здійснює правосуддя або надає сприяння суду, тобто за безпосереднім об'єктом, на який спрямоване посягання. За цим критерієм всі злочини проти правосуддя, на думку вченого, можна об'єднати в чотири групи:

1) злочини проти інтересів правосуддя (або злочини проти правосуддя загального характеру), тобто діяння, що посягають як на суспільні відносини, що забезпечують діяльність суду по здійсненню правосуддя, так і на суспільні відносини, що забезпечують діяльність державних органів, що створюють необхідні передумови для здійснення судом правосуддя, а також на суспільні відносини, що забезпечують діяльність органів та установ, що виконують судові акти;

2) злочини, що посягають на суспільні відносини по забезпеченню діяльності суду по здійсненню правосуддя;

3) злочини, що посягають на суспільні відносини, що забезпечують діяльність державних органів, що створюють необхідні передумови для здійснення судом правосуддя, – прокуратури і досудового розслідування;

4) злочини, що посягають на відносини щодо реалізації органами і установами судового акту.

Щодо зазначеної класифікації видається, що на другому її етапі, виділяючи першу названу групу злочинів – так звану групу «злочинів проти правосуддя загального характеру», О.В. Федоров «змішує» два критерії класифікації, виділені на першому етапі. Зазначена група злочинів включає як ті злочини, що посягають одночасно на діяльність суду по здійсненню правосуддя, так і ті, що посягають на діяльність інших органів, які, як зазначає вчений, «надають суду сприяння у здійсненні правосуддя».

Виходячи з зазначеного вище, якщо покласти в основу класифікації такий критерій, як видовий (підгруповий) об'єкт злочинів проти правосуддя, можна виділити такі види злочинів проти правосуддя:

1) злочини, що посягають на встановлений законодавством порядок судочинства;

2) злочини, що посягають на встановлений законодавством порядок виконання судових рішень:

а) злочини, що посягають на встановлений законодавством порядок виконання обвинувального вироку суду;

б) злочини, що посягають на встановлений законодавством порядок виконання інших судових рішень.

Слід погодитися з позицією О.В. Федорова про те, що правильно зроблена класифікація злочинів проти правосуддя показує механізм порушення правосуддя і у зв'язку з цим має значення для законотворчої, правозастосовної і профілактичної діяльності. Зокрема, вона може свідчити про прогалини в кримінально-правовому регулюванні і тому – необхідності криміналізації відповідних суспільно небезпечних діянь, що посягають на інтереси правосуддя, або, навпа-

ки, – про зайве кримінально-правове регулювання і, відповідно, про декриміналізацію відповідного діяння. Так, виходячи із запропонованої нами класифікації злочинів проти правосуддя за видовим об'єктом, відкритим залишається питання про те, до якої з класифікаційних груп належать посягання на життя, здоров'я, власність, безпеку захисника чи представника особи, а також щодо їх близьких родичів – у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги (ст.ст. 398–400 КК України). Адже захисник чи, відповідно, представник особи можуть надавати правову допомогу як під час провадження у справі – під час здійснення судочинства – на всіх його стадіях, так і під час виконання судових рішень. Крім того, правова допомога може надаватися особі і в інших суспільних відносинах – не пов'язаних із здійсненням судочинства та виконанням судових рішень. Запропонована нами класифікація, як видається, виявляє проблемне питання, що потребує вирішення, – щодо змісту відповідної норми КК України.

Низка вчених виділяють в системі злочинів проти правосуддя окремо таку групу злочинів як посягання на життя, здоров'я, особисту безпеку, власність суддів, народних засідателів, присяжних та інших учасників судочинства (ст.ст. 377, 398, 378, 399, 379, 400 КК України). Однак слід погодитися з тими науковцями, які зазначають про неможливість виділення зазначеної класифікаційної групи з огляду на те, що вона здійснюється за додатковим безпосереднім об'єктом. Тоді як слід погодитися з тим, що критерієм класифікації злочинів проти правосуддя має бути видовий, основний безпосередній об'єкти, що за змістом охоплюються родовим об'єктом, за яким здійснюється систематизація злочинів проти правосуддя в Особливій частині КК України.

ВИДАЧА ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ ЗЛОЧИНИ ПОЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ, А ТАКОЖ ВИКОНАННЯ В УКРАЇНІ ВИРОКУ ІНОЗЕМНОГО СУДУ ЧИ МІЖНАРОДНОЇ СУДОВОЇ УСТАНОВИ: ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

О. Панчак

Львівський національний університет імені Івана Франка

У зв'язку із відкритістю кордонів, активізацією міграційних процесів, все більшої актуальності набуває вирішення питань про кримінальну відповідальність осіб, які вчинили злочини за межами України, однак у подальшому перебувають на її території чи, навпаки, вчинили злочини на території України, проте перебувають на території іноземних держав. Окреслені питання врегульовуються як міжнародними договорами України, так і вітчизняними нормативно-

© Панчак О., 2014

правовими актами. Однією із статей, що містить відповідні норми, є ст. 10 КК України «Вирішення питання про кримінальну відповідальність осіб, які підлягають кримінальній відповідальності за законодавством іноземної держави і перебувають на території України, та виконання вироків, винесених іноземними судами чи міжнародними судовими установами».

Законом України від 16 травня 2013 р. № 245-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» ст. 10 КК України викладена в новій редакції і зазнала суттєвих змін, що потребують свого наукового осмислення. Проаналізуємо вказані зміни.

Насамперед, варто вказати, що норми, які закріплені у ст. 10 КК України, не є кримінально-правовими, оскільки не врегульовують кримінально-правових відносин, а саме не визначають, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які кримінально-правові наслідки можуть бути застосовані до осіб, що їх вчинили. Вони врегульовують кримінально-процесуальні та кримінально-виконавчі відносини (ч. 4 ст. 10 КК України), що забезпечують реалізацію кримінально-правових. А тому, вважаємо, що ст. 10 КК України слід було не приводити у відповідність до кримінального процесуального законодавства (КПК України), а виключити із КК України.

Що ж до структури аналізованої статті, то насамперед звертає на себе увагу те, що її частини відтворюють структуру Розділу IX (Глави 44, 45 і 46) КПК України від 13.04.2012 р., за винятком відсутності положень про передачу осіб, які закріплені у Главі 46 КПК України поряд із положеннями про визнання та виконання вироків судів іноземних держав. Проте, незважаючи на це, між положеннями, що закріплені у ст. 10 КК України та статтях Глав 44–46 КПК України, існують змістовні суперечності, про що піде мова далі.

Аналіз змісту ст. 10 КК України дозволяє стверджувати, що порівняно із попередньою редакцією вона в частині розширилася, а в частині звузилася за обсягом правового регулювання. Так, попередня редакція ст. 10 КК України містила положення про видачу та про передачу осіб іноземній державі. У новій редакції ст. 10 КК України не закріплює положень про передачу осіб, проте містить положення про перейняття кримінального провадження від іноземної держави та про виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи.

Питання видачі осіб іноземним державам, а також дій держави України у разі, коли видача не є можливою, врегульовані ч.ч. 1–3 ст. 10 КК України.

Ст. 10 КК України у новій редакції поширює правила про видачу, по-перше, на іноземців та осіб без громадянства, видача ж громадян України заборонена; по-друге, лише на осіб, які вчинили злочини поза межами України і перебувають на території України, і, по-третє, для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду.

Щодо першого, то КК України у новій редакції ст. 10, як і у старій редакції, відтворив конституційний принцип про те, що громадяни України іншим державам не видаються. Видачу ж іноземній державі іноземців та осіб без громадянства дозволив. Однак, попередня редакція ст. 10 КК України закріплювала

заборону видачі й осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, а дозволяла видавати лише іноземців та осіб без громадянства, що постійно не проживають в Україні. Як відомо, КК України у питаннях поширення своєї чинності щодо осіб прирівнює осіб без громадянства, що постійно проживають в Україні, до громадян України, а осіб без громадянства, що не проживають постійно в Україні, до іноземців. А відповідно до ч. 1 ст. 26 Конституції України іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Проте у ст. 10 КК України в новій редакції від цього правила відступили, прирівнявши осіб без громадянства двох видів до іноземців. Оцінювати таку зміну позиції законодавця можна по-різному, виходячи із зобов'язань нашої держави перед вказаною категорією осіб. Проте зазначені зміни породили й правову проблему – колізію із ч. 1 ст. 27 Закону України від 22.09.2011 р. № 3773-VI «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», що і надалі забороняє видачу осіб без громадянства, які постійно проживають в Україні. Зрозуміло, що правила подолання темпоральної колізії дають можливість вирішити і цю – на користь положення ч. 2 ст. 10 КК України. Проте, вважаю, що внутрішні та міжнародні зобов'язання України перед вказаними особами про їх правовий захист, а також інтереси самих таких осіб повинні враховуватися центральними органами України щодо видачі особи (екстрадиції) при використанні наданого їм права на таку видачу, яка не повинна погіршувати прав зазначених осіб. Варто також вказати на ще одну особливість видачі осіб без громадянства, що постійно проживають на території України. Вони можуть бути видані лише державі, на території якої ними було вчинено злочин, в той час як іноземці та особи без громадянства, що постійно проживають на території іноземної держави – і державі, з якою існує їхній правовий зв'язок.

Щодо другого моменту про те, що видаються лише особи, які вчинили злочини поза межами України і перебувають на території України, то постає питання про можливість чи неможливість передачі осіб, які вчинили злочини на території України державі, громадянами якої вони є. (Варто наголосити, що саме місце вчинення особою злочину є основною розмежувальною ознакою інститутів «видачі» та «передачі» особи). КК України прямої відповіді на це питання не дає. Попередня редакція ст. 10 КК України (ч. 2) передбачала можливість передачі іноземців, які вчинили злочини на території України і засуджені за них на підставі КК України, для відбування покарання за вчинений злочин тій державі, громадянами якої вони є, якщо така передача передбачена міжнародними договорами. Невключення цього положення у нову редакцію ст. 10 КК України, а також з огляду на спеціально-дозвільний принцип правового регулювання щодо органів держави (дозволено лише те, що прямо передбачено), відповідну законодавчу мовчанку можна розуміти, як неможливість такої передачі. Проте, на сьогодні така можливість передбачена і процедура такої врегульована як міжнародними договорами України, так і Главою 46 КПК України. А тому, вважаємо, що іноземці, які вчинили злочин на території України, можуть бути передані

державі, громадянами якої вони є, з огляду на пріоритет міжнародно-правових норм перед національними та кримінально-процесуальних норм перед кримінально-правовими, виходячи із первинної галузевої належності норм, які це дозволяють, про що вже йшлося вище. Хоча, очевидно, якщо вже законодавець врегулював питання видачі у КК України, а також фактично і передачу осіб, щодо яких винесено вирок іноземного суду, до України (ч. 4 ст. 10), то зобов'язаний був врегулювати і питання передачі осіб до іноземних держав для уникнення описаних непорозумінь.

Нарешті, третій момент, на який вказувалося, законодавець у новій редакції ст. 10 КК України, як і у старій, передбачив можливість видачі осіб лише для притягнення до кримінальної відповідальності і віддання до суду. Проте і чинні міжнародні договори України (наприклад, ст. 56 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (Мінської конвенції) від 22.01.1993 р.), і Глава 44 КПК України передбачають можливість видачі осіб і лише для відбування покарання чи його частини (ч. 2 ст. 573 КПК України). Вважаємо, що при вирішенні проблем видачі осіб слід враховувати і можливість їх видачі і для відбування покарання чи його частини, з огляду на наведені вже вище аргументи.

Правила про перейняття кримінального провадження (ч. 3 ст. 10 КК України) застосовуватимуться у випадках, коли судовими органами іноземної держави не ухвалено вирок щодо осіб, які не можуть бути видані іноземній державі або у видачі яких відмовлено. Підстави заборони видачі для іноземців та осіб без громадянства передбачені у ст. 31 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», а процесуальні підстави відмови у видачі особи – у ч. 1 ст. 589 КПК України. Однак ст. 10 КК України нічого не говорить про можливість перейняття кримінального провадження щодо осіб без громадянства, які не можуть бути видані з відповідних підстав. Це є очевидний законодавчий недолік – прогалина, яка повинна бути заповнена і яка породжує колізію із положеннями чинного КПК України. Адже п. 2 ч. 2 ст. 595 КПК України прямо передбачає можливість перейняття Україною кримінального провадження і щодо осіб без громадянства. З огляду на первинну галузеву належність відповідної правової норми ця колізію, вважаємо, також слід долати на користь положення, що закріплене в КПК України.

Окрім того ч. 3 ст. 10 КК України однією із умов перейняття кримінального провадження Україною визначає те, що діяння, у зв'язку з яким запитується передача кримінального провадження, повинно визнаватися злочином згідно із КК України. Проте п. 4 ч. 2 ст. 595 КПК України аналогічну умову визначає так: «діяння, якого стосується запит, є кримінальним правопорушенням за законом України про кримінальну відповідальність». Цікаво, чи законодавець про це згадає, коли передбачить кримінальну відповідальність і за кримінальні проступки?

У ч. 4 ст. 10 КК України закріплені правила виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи, підставою якого названо те, що діяння, внаслідок вчинення якого було ухвалено вирок, згідно з КК України

визнається злочином або було б злочином у разі його вчинення на території України. Жодних інших підстав КК України не передбачає. Однак КПК України такою підставою (єдиною) визнає передбаченість такого виконання міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана ВРУ. У разі відсутності міжнародного договору положення Глави 46 КПК України можуть бути застосовані при вирішенні питання про передачу засудженої особи для подальшого відбування покарання (ч.ч. 1 і 2 ст. 602, ст. 614 КПК України). З цього випливає, що КПК України передбачає значно ширшу підставу для застосування правил виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи, ані ж КК України, оскільки у міжнародному договорі може передбачатися низка умов (підстав). Очевидно, що і щодо цієї законодавчої невідповідності повинні застосовуватися положення КПК України з огляду на пріоритетність міжнародно-правових норм перед нормами, що закріплені в КК України, та кримінально-процесуальних норм, перед матеріальними, в силу процесуальної природи розглядуваного питання.

Не зрозуміло також, чому законодавець (якщо вже вирішив врегульовувати ці питання у КК) не вказує на можливість та правила зворотного виконання відповідних процедур, тобто на можливість видачі осіб не лише із України, але й до України, про можливість перейняття кримінального провадження не лише Україною, але й з України і т.д. Адже можливість таких зворотних процесів передбачена і врегульована в КПК України. Очевидно, що цим також порушена системність законодавства.

Нарешті, законодавцеві варто би було закріпити, при чому не лише для розглядуваних питань, а загалом щодо питань чинності КК України у просторі і за колом осіб, правила про подвійну кримінальність вчиненого особою злочину. Тобто, що відповідне діяння повинне визнаватися злочином чи злочином певного виду, чи злочином, за який передбачена можливість призначення певних видів покарань, тощо як за КК України, так і за законодавством відповідної іноземної держави. Однак це питання і надалі залишається відкритим, не зважаючи на неодноразове обгрунтування у кримінально-правовій літературі необхідності його врегулювання. Хоча щодо розглядуваних у цій праці питань такі правила містяться у КПК України (ч.ч. 1 і 2 ст. 573, ч. 5 ст. 598, ч. 1 ст. 606), а також у відповідних міжнародних договорах України (наприклад, ст. 2 Європейської конвенції про видачу правопорушників від 13.12.1957 р., ст. 56 Мінської конвенції).

Отже, підсумовуючи викладене, можна констатувати, що намагання законодавця привести у відповідність кримінальне матеріальне законодавство до кримінального процесуального в частині викладення в новій редакції ст. 10 КК України породило нові проблеми, прогалини та колізії між КК України і КПК України, що вимагають подальших законодавчих змін у вказану статтю. Допоки таких немає, то правозастосовник повинен насамперед керуватися нормами КПК України з огляду не на кримінально-правову, а на кримінально-процесуальну природу питань видачі осіб, які вчинили злочини поза межами України, а також виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ОРГАНІЗАТОРІВ СПОРТИВНИХ ЗАХОДІВ, СПОРТИВНИХ СУДДІВ, ТРЕНЕРІВ ТА ЛІКАРІВ ЗА ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ ЖИТТЮ ТА ЗДОРОВ'Ю ОСОБИ ПІД ЧАС ЗАЙНЯТТЯ СПОРТОМ

О. Сибаль

Львівський національний університет імені Івана Франка

У контексті здійснення кримінально-правової кваліфікації заподіяння шкоди під час зайняття спортом актуальностінабуває юридична оцінка окремих діянь, що передували завданню шкоди життю чи здоров'ю особи, а саме: порушення організатором спортивного заходу чи іншим уповноваженим суб'єктом правил техніки безпеки щодо підтримання у належному стані місць проведення спортивних заходів та спортивного інвентарю (обладнання); невиконання спортивним суддею обов'язку зупинити поєдинок, якщо спортсмен за станом здоров'я не в змозі його продовжувати; виставлення (допуск) тренером на змагання непідготовленого чи такого, що не відповідає встановленим вимогам, спортсмена; надання лікарем неправдивого висновку про придатність спортсмена за станом здоров'я до участі у спортивному заході.

У науковій літературі уже висловлювались міркування з цього приводу. Так, В.Г. Івшін у власній кандидатській дисертації на тему «Уголовно-правовые и криминологические проблемы охраны жизни и здоровья лиц, занимающихся физической культурой и спортом» (Свердловськ, 1987 р.) запропонував доповнити тодішній КК РРФСР статтею, яка б встановлювала відповідальність за порушення правил спортивних змагань та навчально-тренувальних занять особами, в обов'язки яких входить забезпечення безпечного їх проведення, що потягло заподіяння шкоди життю чи здоров'ю особи. До спеціальних суб'єктів цього злочину автор відносив: 1) посадових осіб, які займають постійно чи тимчасово у спортивних організаціях, клубах посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих функцій (старші тренери команд, головні судді змагань, керівники самодіяльних туристичних груп та ін.); 2) інших осіб, які в силу своєї професії чи службового становища несуть відповідальність за безпечне проведення спортивних змагань та навчально-тренувальних занять (тренери, викладачі фізичного виховання у школах та інших навчальних закладах).

О.А. Скворцов у своїй монографії на тему «Причинение вреда жизни и здоровью при занятиях спортом: проблемы уголовно-правовой квалификации» (Москва, 2006 р.) стверджує, що заподіяння шкоди життю чи здоров'ю спортсмена, фізкультурника внаслідок неправильних дій тренера-наставника, інструктора, медичного працівника повинно кваліфікуватися за ст. 238 КК Російської Федерації («Виробництво, зберігання, перевезення або збут товарів і продукції, виконання робіт чи надання послуг, що не відповідають вимогам безпеки»). В

© Сибаль О., 2014

основу такого висновку автор покладає твердження про те, що особа, яка здійснює підготовку фізкультурників та спортсменів (тренер, інструктор, викладач і т. д.), тим самим надає населенню послуги зі зміцнення і збереження здоров'я. Тому громадян, що займаються фізичною культурою та спортом в цілях зміцнення власного здоров'я, можна визнати споживачами. Якщо у результаті неправильних дій тренерського персоналу заподіюється шкода життю чи здоров'ю спортсмена-професіонала, – пише далі О.А. Скворцов, – то до кримінальної відповідальності за ст. 143 КК Російської Федерації («Порушення правил охорони праці») повинні притягатися керівник спортивної організації і тренер, на якого покладено обов'язок забезпечити дотримання правил охорони праці.

В. В. Сараєв у власній монографії на тему «Уголовно-правовая охрана современного профессионального спорта в России» (Омськ, 2010 р.)робить висновок, що до кримінальної відповідальності повинні притягатися медичні працівники, тренери та інші суб'єкти, які внаслідок неналежного виконання своїх професійних обов'язків заподіюють спортсменам з необережності смерть чи тяжку шкоду здоров'ю. Кваліфікація цих діянь, на думку автора, повинна здійснюватись за наступними статтями: 1) ч. 2 ст. 109 КК Російської Федерації (заподіяння смерті з необережності внаслідок неналежного виконання особою своїх професійних обов'язків), а якщо внаслідок необережного діяння настала смерть двох чи більше осіб, то має місце вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 109 КК Російської Федерації); 2) за ч. 2 ст. 118 КК Російської Федерації (заподіяння тяжкої шкоди здоров'ю з необережності, вчинене внаслідок неналежного виконання особою своїх професійних обов'язків).

На жаль, ані чинний КК України, ані вітчизняна наука кримінального права не дають відповідей на поставлені питання. Що стосується виставлення (допуску) організатором спортивного заходу чи тренером на змагання спортсмена, який не відповідає вимогам, що ставляться до учасників такого заходу (відсутність у нього належного рівня спортивної майстерності, його невідповідність ваговій чи віковій категоріям тощо) та надання лікарем неправдивого висновку про придатність спортсмена за станом здоров'я до участі у спортивному заході, справедливим, на наш погляд, буде наступний висновок. В обох випадках у розвиток причинового зв'язку між діянням організатора змагань (тренера, лікаря) та наслідками у вигляді шкоди життю чи здоров'ю особи втручаються самостійні чинники – добровільна участь потерпілого спортсмена у спортивному заході та дії спортсмена-суперника, що безпосередньо спричинили цю шкоду. Тому вказані особи можуть бути притягнуті лише до дисциплінарної відповідальності за порушення ними відповідних професійних обов'язків.

У наступній групі досліджуваних діянь мова йде про невиконання чи неналежне виконання відповідними посадовими особами (тренером, інструктором, організатором спортивного заходу, керівником (власником) спортивного приміщення чи споруди та ін.) обов'язків стосовно забезпечення техніки безпеки спортивного змагання, що зумовило виникнення відповідного джерела небезпеки (несправності спортивного обладнання (наприклад, деталей авто- та мототранспорту), інвентарю (наприклад, захисної амуніції у хокей та фехтуванні), або неналеж-

ного облаштування місця проведення змагання (наприклад, траси, стадіону, рингу)), взаємодія особи із яким спричинила заподіяння шкоди її життю чи здоров'ю.

Вважаємо, що за умов встановлення, по-перше, причинового зв'язку між порушенням компетентною особою свого обов'язку та виникненням джерела небезпеки у спорті, а, по-друге, що шкода життю чи здоров'ю особи настала внаслідок її взаємодії із цим джерелом, діяння повинно кваліфікуватися як необережний злочини проти життя та здоров'я особи (ст. 119 («Вбивство через необережність») та ст. 128 («Необережне тяжке та середньої тяжкості тілесне ушкодження»)). У разі, якщо винний наділений статусом службової особи, вчинене за наявності додаткових підстав може бути кваліфіковано як відповідний злочини у сфері службової діяльності, наприклад, за ст. 365 («Перевищення влади або службових повноважень») або ст. 367 («Службова недбалість»)КК України.

Окремої уваги потребує також питання кримінально-правової оцінки бездіяльності спортивного судді під час змагань та спортивного тренера під час тренувань, які, будучи зобов'язаними та маючи реальну можливість зупинити поєдинок, надали мовчазну згоду на його продовження, внаслідок чого було заподіяно шкоду життю чи здоров'ю спортсмена. У цій ситуації варто, на наш погляд, виділяти два варіанти: 1) суддя (тренер) не зупиняє поєдинок у момент, коли один із спортсменів порушує стосовно іншого спортивні правила, внаслідок чого заподіює шкоду його життю чи здоров'ю; 2) суддя (тренер) не зупиняє поєдинок, внаслідок чого один із спортсменів заподіює шкоду життю чи здоров'ю іншого без порушення спортивних правил.

У першому варіанті залежно від форми поєднання психічного ставлення судді (тренера) та спортсмена, що порушив спортивні правила, до суспільно небезпечних наслідків, що настали, можна виокремити наступні випадки:

1) наявність як у судді (тренера), так і у спортсмена умисної форми вини до настання суспільно небезпечних наслідків. У цьому разі діяння судді (тренера) варто оцінювати як усунення перешкод учиненню злочину та кваліфікувати як пособництво у злочині, вчиненому спортсменом;

2) наявність у судді (тренера) умислу, а у спортсмена необережності до настання суспільно небезпечних наслідків. Оскільки у такому випадку відсутній характерний для співучасті двосторонній суб'єктивний зв'язок, а злочин у підсумку визнається вчиненим з необережності, бездіяльність судді (тренера) повинна кваліфікуватись як закінчений замах на пособництво у вчиненні умисного злочину спортсменом;

3) наявність як у судді (тренера), так і у спортсмена необережної форми вини до настання суспільно небезпечних наслідків. У цій ситуації має місце так зване необережне «послідовне» співзаподіяння шкоди, при якому відсутня спільність посягання, об'єднання волі та зусиль учасників. Суддя (тренер) не підлягатиме кримінальній відповідальності через відсутність причинового зв'язку, адже у його розвиток втручається самостійний чинник – діяльність спортсмена;

4) наявність у судді (тренера) необережності, а у спортсмена умислу до настання суспільно небезпечних наслідків. В такому разі спортсмен використовує необережність судді (тренера) для вчинення умисного злочину, що свідчить про

відсутність співучасті. Кожен з них вчиняє окремі непов'язані між собою посягання, однак, оскільки діяння судді (тренера) не є самостійним злочином, аналогічно попередньому випадку він не підлягатиме кримінальній відповідальності.

У другому варіанті має місце ситуація, коли один спортсмен, діючи у межах правил, завдав шкоди життю чи здоров'ю іншого в умовах, коли суддя (тренер), маючи реальну можливість та будучи за обставинами справи зобов'язаним зупини поєдинок з метою уникнення надмірного травматизму (наприклад, спортсмен внаслідок пропущених ударів фізично не в силах продовжувати бій або подальша боротьба може призвести до тяжких наслідків для життя чи здоров'я спортсмена), надав згоду на його продовження. Оскільки спортсмен у такому разі діяв правомірно, а тому не підлягатиме кримінальній відповідальності, бездіяльність тренера залежно від його психічного ставлення до суспільно небезпечних наслідків, на наш погляд, варто кваліфікувати як виконавство у вчиненні відповідного злочину проти життя та здоров'я особи. У цій ситуації суддя (тренер) фактично використовує спортсмена як свого роду «знаряддя» у вчиненні злочину.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗАКОНОДАВЧОЇ ПРОЦЕДУРИ ЗАМІНИ ШТРАФУ БІЛЬШ СУВОРИМ ПОКАРАННЯМ

С. Старосольська

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема заміни покарання більш суворим є однією з найбільш недосліджених у науці кримінального права. Сьогодні серед доктринальних напрацювань вчених – криміналістів можна знайти відповіді лише на деякі теоретичні та прикладні питання, які стосуються заміни покарання, до того ж, у більшості випадків, того її виду, який застосовується при переході засудженого на шлях виправлення, тобто при призначенні більш м'якого покарання. Даний напрямок дослідження здійснювали у своїх наукових працях такі видатні вчені, як Е.Т. Борисов, С.В. Сахнюк, В.В. Сташис, В.І. Тютюгін, С.Д. Шапченко, Ю.М. Ткачевський та ін.

Зважаючи на це, ключовою та невирішеною проблемою залишається питання про те, що потрібно розуміти під «заміною штрафу при його несплаті на більш суворе покарання», чи не суперечить існування даної можливості суду загальним положенням про кримінальну відповідальність за ухилення від відбування даного виду покарання, і найголовніше те, чи не є така заміна однією із «прихованих» форм реалізації кримінальної відповідальності.

© Старосольська С., 2014

Як зазначалося вище, у науці кримінального права не було здійснено комплексного дослідження поняття «заміни покарання». Натомість, чи не вперше визначення даного поняття було сформульовано В. П. Герасименком, який зазначав, що «заміна покарання – це сукупність кримінально-правових норм, на підставі яких суд в стадії призначення покарання (при постановленні вироку) або в процесі його виконання (відбування засудженим) остаточно і безумовно заміняє раніше призначене винному вироком основне покарання (повна заміна) чи невідбуту його частину (часткова заміна) іншим (більш або менш суворим) основним видом покарання».

Аналізуючи це визначення можна говорити про наявність самостійних ознак даного поняття, а тому розглядати заміну покарань, незалежно від її виду, самостійним кримінально-правовим інститутом.

З іншої сторони, російські вчені – криміналісти відстоюють досить поширену думку про те, що заміна покарань, не пов'язаних з позбавленням волі (в тому числі штрафу) на більш суворі, є самостійним видом кримінальної відповідальності, – кримінально-виконавчою відповідальністю.

Так, А.С. Колосов зазначає, що однією із стадій реалізації кримінальної відповідальності є виконання покарання, і саме на цій стадії ми можемо говорити про настання такої відповідальності як кримінально – виконавча, основою для виникнення якої є здійснення засудженим ухилення (злісне ухилення) від відбування покарання того чи іншого виду.

Тобто, під кримінально-виконавчою відповідальністю автор розуміє відносно уособлений, факультативний елемент кримінальної відповідальності, що виникає на такій стадії її реалізації як виконання покарань і являє собою передбачені законом негативні наслідки, що застосовуються судом до засудженого, який злісно ухилився від відбування покарання, не пов'язаного з позбавленням волі.

Виходячи з вищенаведеного, виникає питання, що ж таке заміна штрафу на більш суворе покарання відповідно до чинного українського законодавства? Який підхід більш правильно застосовувати українською доктриною кримінального права? Чи має право на існування норма по заміну штрафу на більш суворе покарання, та чи не суперечить вона напрямку України щодо європеїзації національного законодавства, зокрема в частині його гуманізації?

Відповідь на ці запитання хотілося б дати починаючи з наступного.

Майже два роки пройшло з моменту прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності», яким було внесено зміни до ст. 53 КК України, і відповідно до якого штраф сьогодні може бути замінений судом при його несплаті не лише на громадські чи виправні роботи, як це було раніше, а й на позбавлення волі. Та з чого ж виходив законодавець, приймаючи такі положення? У чому проявляється гуманізація положень КК? Адже штраф як грошове стягнення в дохід держави вважається найбільш м'яким видом покарання. На це вказує у своєму листі від 02.03.2012 року і Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ, зазначаючи, що при вирішенні питання, яке із покарань є більш суворим, слід

виходити з положень ст. 51 КК України. Тому найбільш логічним було очікування того, що в процесі гуманізації законодавства норми КК України щодо заміни штрафу більш суворим покаранням взагалі будуть виключені.

Натомість, законодавець, зберігаючи процедуру заміни штрафу на більш суворе покарання, без наявності для того суб'єктивних причин, забезпечив подальшу можливість посилення кримінальної відповідальності особи за вчинене нею діяння, покарання за яке вона відбуває, що є неприпустимим, оскільки, однією з форм реалізації кримінальної відповідальності є призначення судом в обвинувальному вироку злочинцю *одного основного покарання, необхідного та достатнього для його виправлення та попередження нових злочинів,* та ухвалення рішення про його реальне відбування, яке засуджений (повністю або частково) відбуває. При цьому, з визначення поняття кримінальної відповідальності доходимо висновку про те, що покарання призначається за вчинення особою *конкретного суспільно – небезпечного діяння, яке містить у собі всі ознаки складу злочину,* однією з яких є *вина (а отже, наявність суб'єктивних ознак вчинення забороненого КК України суспільно – небезпечного діяння).*

Замінюючи штраф більш суворим покаранням суд призначає *нове покарання, більш суворе*, у деяких випадках таке, яке не є навіть альтернативним згідно санкції статті Особливої частини КК України. Так, наприклад, санкція ст. 200 КК України передбачає можливість застосування до особи лише такого виду покарання як штраф. При цьому, за логікою законодавця, до цієї особи, якщо вона через об'єктивні причини не спроможна буде сплатити його, може бути застосовано одразу ж позбавлення волі (ч. 1 – від 1 до 5 років; ч. 2 – від 5 до 10 років).

Як бачимо з вищенаведеного прикладу, законодавець не дотримується й поступового переходу від штрафу до більш суворих видів покарання. Тобто, більш обґрунтованим, на мою думку, мав би бути перехід спочатку до громадських робіт, випраних робіт, і лише тоді до позбавлення волі, а не так зване «перестрибування» від найбільш м'якого покарання до одного з найбільш суворих – позбавлення волі на певний строк (від п. 1 ч. 1 ст. 51 до п. 11 ч. 1 ст. 51 КК України).

Аналогічний механізм сьогодні застосовується при призначенні більш м'якого покарання відповідно до ст. 69 КК України. Так, аналізуючи положення зазначеної статті науковці зазначають, що при переході до іншого виду покарання суд повинен призначити покарання більш м'яке за своїм видом, виходячи з порівняльної суворості покарань, зазначених у переліку ст. 51. Враховуючи цей перелік, від позбавлення волі можна перейти до виправних робіт чи громадських робіт, а від них – до штрафу.

Потребують критики і межі співвідношення розмірів таких видів покарань як штраф та позбавлення волі. Так, згідно абз. 2 ч. 2 ст. 53 КК України суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді позбавлення волі у розрахунку «один день позбавлення волі за вісім неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Але такий «універсальний арифметичний алгоритм», навіть при проведенні нескладних математичних обрахунків, є недосконалим.

Так, наприклад, згідно санкції ч. 2 ст. 203 – 2 КК України за вчинення дій, що полягають у зайнятті гральним бізнесом при наявності кваліфікуючих ознак, передбачається штраф від 40 тисяч до 50 тисяч н. м. д. г. з конфіскацією грального обладнання. Роблячи розрахунки для можливості застосування ст. 53 КК України, будемо мати такі результати:

50 тис. н. м. д. г. / 8 н. м. д. г. = 6250 (днів) / 365 (днів у році) = 17 років.

Але ж згідно п. 3 аб. 2 ч. 2 ст. 53 КК України заміна штрафу позбавленням волі у випадку призначення штрафу за вчинення особливо тяжкого злочину можлива у межах від 10 до 12 років. Таким чином, застосувавши норму про заміну штрафу більш суворим при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 203 – 2 КК України, будуть повністю порушені загальні засади призначення покарання, в тому числі принцип призначення покарання необхідного та достатнього для виправлення особи, а також можливі межі призначення такого покарання як позбавлення волі, які відповідно до ч. 2 ст. 63 КК України встановлені від 1 до 15 років.

Отже, можна говорити про те, що існування інституту заміни штрафу на більш суворе покарання на сьогодні є невиправданим. За своєю суттю така заміна являє собою не що інше, як «приховану» форму кримінальної відповідальності. Звідси випливає необхідність внесення змін до КК України в частині існування заміни покарання більш суворим (ч. 5 ст. 53 КК України), так як, враховуючи положення принципів гуманізму та справедливості, які характерні для кримінально – правової політики, неможливим та протизаконним є встановлення подвійної можливості притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення особою одного суспільно – небезпечного діяння.

Хотілося б зазначити, що російське законодавство вирішує дане питання наступним чином. КВК РФ не допускає заміни штрафу іншим покаранням при неможливості його сплати. Коли така неможливість породжена об'єктивними причинами (наприклад, стихійне лихо) і не пов'язана із злісним ухиленням від сплати штрафу, набирає сили положення про звільнення від покарання через закінчення строків давності виконання обвинувального вироку суду.

Більшість українських науковців вказують все ж на доцільність заміни несплаченої суми штрафу громадськими чи виправними роботами (і тільки, як це було раніше), інші ж вважають, що у такому випадку слід застосувати конфіскацію майна. Щодо останнього, то слід вказати на певну недосконалість даного підходу, адже згідно чинного КК України конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК України. До застосування штрафу законодавець не висуває таких вимог, саме тому ми не можемо у всіх випадках його призначення та подальшого невідбування застосувати конфіскацію майна.

Доктринальні рекомендації щодо даного питання передбачають і те, що суд, за наявності до того підстав, при невідбуванні штрафу за наявності об'єктивних причин, повинен закрити провадження і звільнити особу від кримі-

нальної відповідальності або постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання.

Як бачимо, сьогодні проблема інституту заміни штрафу більш суворим покаранням потребує негайного вирішення. І для цього, вважаю, найбільш доцільним буде впровадження у законодавство *нових, альтернативних шляхів* регламентації ситуацій несплати штрафу засудженими.

Перш за все, на мою думку, питання несплати штрафу засудженою особою можна вирішити шляхом прийняття положень, які б передбачали можливість відстрочки покарання. У такому випадку, якщо засуджена особа є безробітною, мало б бути впроваджено її обов'язок протягом визначеного терміну влаштуватися на роботу і виплачувати суму штрафу з можливістю розстрочки з одержуваної заробітної плати. Проте і такий підхід до розв'язання даного питання не є ідеальним, адже, враховуючи сьогоденну економічну ситуацію у країні, реалізація можливості протягом недовгого часу влаштування на роботу є досить низькою, що і стане проблемою для такого підходу до вирішення даного питання. Тому у ситуаціях, коли засуджена особа є безробітною, можна було б говорити про можливість заміни штрафу виправними роботами, які по своїй суті, це той самий штраф, але в розстрочку: засуджена особа щомісяця через бухгалтерію підприємства (установи тощо), де вона працює, перераховує певний відсоток свого заробітку державі.

Іншим альтернативним шляхом подолання проблеми неможливості сплати штрафу засудженими особами можна розглядати забезпечення можливості його розстрочки, але не лише на 1 рік, як це дозволено законодавцем сьогодні, а відповідно до впроваджених максимальних розмірів штрафу (які сьогодні вважають невиправдано великими) з врахуванням можливості їх сплати пересічним громадянином (враховуючи встановлені законодавством розміри мінімальної заробітної плати). Але і цей підхід не позбавлений певних недоліків, оскільки така гуманізація кримінально – правових норм може спричинити недосягнення основної мети призначення покарання, тобто кари.

Можливим альтернативним варіантом заміні штрафу більш суворим покаранням може бути використання для вирішення даного питання позицій російського законодавця, а саме того, що у такому випадку засуджену особу потрібно звільняти від покарання через закінчення строків давності виконання обвинувального вироку суду. Хоча і такий підхід може призвести до порушення принципу невідворотності виконання покарання, який передбачає обов'язкове відбування та виконання покарання для досягнення мети його призначення.

Останнім можливим варіантом дій суду при несплаті штрафу засудженою особою, на мою думку, повинна буду передбачена законом можливість звільнення особи від відбування покарання, яке їй призначене, враховуючи *особливі об'єктивні причини* неможливості сплати штрафу (наприклад, особа через фізичні вади не спроможна в подальшому працювати (особа стала непрацездатною), а отже сплатити штраф). Якщо ж такі фізичні вади наявні на момент винесення вироку суду, то варто запропонувати можливість закриття провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності.

ПРАВИЛА ДІЇ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА В ЧАСІ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

С. Хилюк

Львівський національний університет імені Івана Франка

Перша згадка про заборону зворотної дії в часі сягає періоду Стародавньої Греції, вже тоді діяла заборона зворотної дії в часі кримінально-правових положень. Та попри більш як 2000-річну історію й досі залишаються дискусійні та актуальні питання щодо правил дії джерел кримінального права в часі. Одним з них є узгодження положень національного законодавства з стандартами, закріпленими у практиці Європейського Суду з прав людини (надалі ЄСПЛ) з застосування ст. 7 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі Конвенція).

Текстуально у ст. 7 Конвенції відображена заборона надавати зворотну дію в часі кримінально-правовим положенням, які встановлюють злочинність та караність діяння, а також посилюють покарання. Проте ЄСПЛ у процесі динамічного тлумачення значно розширив межі права людини, передбаченого у ст. 7 Конвенції, сформулювавши такі правила дії кримінального закону в часі.

1. Заборона зворотної дії в часі матеріально-правових, в інтерпретації ЄСПЛ, положень, які погіршують становище особи. Це стосується як визначення діянь, які є кримінально-караними, так і покарання (§ 134 MvGermany). Велика Палата ЄСПЛ у рішенні по справі Scoppola v. Italy проводить розмежування матеріально-правових та процесуально-правових положень, при цьому прямо вказує, що позиція національного законодавства не є вирішальною. Так, у рішенні по цій же справі матеріально-правовими визнали положення Кримінально-процесуального кодексу, які стосуються визначення тривалості позбавлення волі залежно від форми судочинства, яка буде обрана для розгляду справи; а у справі DelRioPrada v. Spain – положення законодавства та судової практики, які визначають порядок обчислення терміну позбавлення волі з урахуванням пільг для в'язнів, що працюють. Навпаки встановлення строків давності як підстави звільнення від кримінальної відповідальності ЄСПЛ визнав процесуальним інститутом, а тому констатував допустимість застосування закону, який набув чинності після вчинення злочину, не зважаючи на те, що це погіршило становище особи (§§ 148–151 CoëmeandOthers v. Belgium).

Звернення до ЄСПЛ щодо надання зворотної дії в часі кримінально-правовим положенням, які встановлюють злочинність діяння, часто пов'язані з кримінально-правовою оцінкою подій під час та після другої світової війни. ЄСПЛ спростовує закиди, що Нюрнберзький процес є прикладом надання зворотної дії в часі кримінально-правовим положенням, які встановлюють кримінальну відповідальність за злочини проти людства. Зокрема, у рішенні по справі Kononovv. Latvia ЄСПЛ зазначив, що він розглядає визначення воєнних злочи-

© Хилюк С., 2014

нів у документах Нюрнберзького процесу як декларативне закріплення законів та звичаїв війни у тому значенні, яке вони мали станом на 1939 р. Це стало одним з аргументів чому засудження у 2004 році командира радянського партизанського загону за вбивство цивільного населення 27 травня 1944 не є порушенням гарантій, передбачених ст. 7 Конвенції.

Матеріально-правовими положеннями про покарання, в інтерпретації ЄСПЛ, є ті, що стосуються визначення видів та розмірів покарання, окремих правил його призначення (§ 161 ECtHR, Alimucajv Albania), але не положення про заходи, які забезпечують виконання покарання, наприклад про зміну режиму його відбування тощо (§ 48 DelRioPrada v. Spain). Найчастіше такими, що погіршують становище особи у практиці ЄСПЛ визнаються положенням законодавства та судової практики, які передбачають більш тяжчий вид та розмір покарання, ніж той, що був чинними на момент вчинення злочину, а також менш сприятливі для особи правил призначення покарання.

2. У рішенні по справі Scoppola v. Italy Велика Палата ЄСПЛ зазначає, що заборона надавати зворотну дію в часі більш суворим кримінально-правовим положенням сама по собі передбачає ретроспективне застосування більш сприятливих для особи кримінально-правових положень. Тому не можна погодитися з твердженням П.В. Волосюка про те, що ЄСПЛ забороняє застосовувати зворотну дію кримінально-правових положень, які встановлюють нове покарання за злочин, вчинений до набрання ними чинності.

3. Коли з моменту вчинення злочину, до винесення остаточного вироку по справі кримінальне законодавство змінювалося, то застосуванню підлягають найбільш сприятливі для особи положення (§ 108–109 Scoppola v. Italy (no. 2) GRAND CHAMBER). Аналогічний підхід був обґрунтований В.М. Василашемв науці кримінального права України в межах вчення про дію проміжного кримінального закону в часі.

4. Названі вище три правила дії в часі поширюються на всі правові положення, які визначають злочинність та караність діяння. Так як, ЄСПЛ у визначенні переліку джерел кримінального права надає перевагу змістовному значенню, а не формальному. Тому джерелом кримінального права може бути не лише нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, прийнятий законодавчим органом, а й писане та неписане право, в тому числі й судова практика, про що прямо зазначено в § 43 рішення у справі HuntamakivFinland.

Якщо перші три з названих правил закріплені в кримінальному законі, визнаються в теорії та застосовуються на практиці, то останнє правило не узгоджується з положеннями Кримінального кодексу України в інтерпретації Конституційного Суду України, й відповідно не застосовується судами України. А саме, відповідно до Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19.04.2013. зворотну дію в часі мають лише норми закріплені безпосередньо в тексті КК України. Положення інших нормативно-правових актів, у яких конкретизовано зміст окремих ознак

складу злочину, застосовуються в тій редакції, в якій вони діяли на момент вчинення злочину, навіть якщо це погіршує становище особи. Таким чином, згідно законодавства України людина може бути засуджена за діяння, яке в момент розгляду справи вже не є кримінально-караним, якщо підставою декриміналізації слугували зміни тексту не кримінального закону, а положень інших нормативно-правових актів, до яких відсилає банкетна диспозиція статті Особливої частини КК України. Найбільш гостро ця проблема стосується матеріальних складів злочинів, обов'язковою ознакою яких є наслідки у вигляді матеріальної шкоди, яка обчислюється в неоподатковуваних мінімумах доходів громадян, так як грошовий еквівалент цієї умовної одиниці виміру щорічно переглядається. Підхід Конституційного Суду України до вирішення питання про правила дії кримінально-правових норм в часі порушує мінімальний рівень гарантій прав людини, передбачений ст. 7 Конвенції в інтерпретації ЄСПЛ. Парадокс полягає в тому, що приймаючи рішення, яке суперечить Конвенції та практиці ЄСПЛ Конституційний Суд України, посилається на ст. 7 Конвенції.

Наявну колізію між рішенням Конституційного Суду України та ЄСПЛ належить вирішувати на користь останнього, так як: по-перше, ратифікуючи Конвенцію, Україна зобов'язалась забезпечити своїм громадянам права нею передбачені; по-друге, згідно Закону України «Про міжнародні договори України» Конвенція в інтерпретації ЄСПЛ має вищу юридичну силу, чим закони України.

КВАЛІФІКАЦІЯ НЕНАДАННЯ ДОПОМОГИ ХВОРОМУ МЕДИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ ЗА ОЗНАКАМИ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ

В. Ясеницький

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процес кримінально-правової оцінки скоєного за ознаками суб'єктивної сторони створює для правозастосувача як мінімум дві проблемні ситуації. Перша з них стосується правильного розуміння форм та видів вини у складі злочину, передбаченому статтею, яка може на його думку бути застосована щодо вчиненого посягання. Друга – правильного визначення ознак суб'єктивної сторони у реально вчиненому злочині. Суб'єктивна сторона – це «прихований» елемент складу злочину. В юридичній літературі зміст суб'єктивної сторони, як правило, розкривають як відображення чи можливість відображення у свідомості суб'єкта злочину об'єктивних ознак скоєного і характеристику ставлення до цих ознак. Обсяг суб'єктивної сторони становлять такі ознаки як вина, мотив, мета та емоційний стан.

© Ясеницький В., 2014

Значення точного і повного встановлення ознак суб'єктивної сторони важко переоцінити. Адже, психічне сприйняття особою об'єкта посягання, діяння та ознак які якого характеризують (наприклад способів, обстановки тощо), суспільно небезпечних наслідків чи інших ознак об'єктивної сторони істотно впливають на вибір норми, якою можна охопити посягання. Так, наприклад, якщо винна особа не усвідомлювала те, що потерпіла жінка є вагітною, то вбивство такої особи за відсутності інших кваліфікуючих ознак умисного вбивства не допустимо кваліфікувати за п. 2 ч. 2 ст. 115 КК України (далі КК). Відповідно, усвідомлення особою ознак потерпілого, змінюватиме обсяг об'єкта, скоєного нею злочину, адже ознака потерпілого (вагітна жінка) в цьому випадку присутня фактично, але не юридично в якості ознаки злочину.

Якщо вести мову про значення суб'єктивної сторони для кваліфікації ненадання допомоги хворому, то, в першу чергу, потрібно правильно встановити зміст ознак суб'єктивної сторони складів злочинів, які з об'єктивної сторони можуть характеризуватися ненаданням допомоги хворому і вчиняються медичним працівником.

Такими, зокрема, є склади злочинів, передбачені ст. 139 КК «Ненадання допомоги хваорому медичним працівником» та ст. 140 КК «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником».

Проаналізувавши диспозицію ч. 1 ст. 139 КК України можна зробити наступні висновки:

1) Оскільки, у диспозиції ч. 1 ст. 139 КК не названі наслідки, вина суб'єкта характеризується лише прямим умислом.

2) Вина у складі злочину, передбаченому ч. 2 ст. 139 КК може характеризуватися будь-яким видом умислу або злочинною самовпевненістю і не може бути злочинною недбалою. Адже, вказівка у диспозиції ч. 1 ст. 139 КК на те, що винному має бути завідомо відомо про тяжкі наслідки для хворого свідчить про те, що він не може не передбачати наслідків і одночасно усвідомлювати можливість таких наслідків.

3) Мета, мотив та емоційний стан, не є ознакою жодного із складів злочинів, передбачених ст. 139 КК, проте можуть впливати в окремих випадках на кваліфікацію, про що буде сказано пізніше.

Аналіз диспозиції ч. 1 ст. 140 КК, дозволяє зробити наступні висновки:

1) Вказівка на недбале чи несумлінне ставлення суб'єкта до невиконання своїх професійних обов'язків свідчить про необережну форму вини.

2) Мета, мотив та емоційний стан не є ознакою жодного із складів злочинів, передбачених ст. 140 КК.

У зв'язку із зазначеним вище, виникає низка питань щодо кваліфікації ненадання допомоги хворому, якщо це спричинило для нього тяжкі наслідки. По-перше, яким чином повинна відбуватися кваліфікація, якщо ставлення винного до наслідків є злочинно самовпевненим. По-друге, яким чином повинна відбуватися кваліфікація, якщо ставлення винного до наслідків є умисним і є наслідок у вигляді смерті чи шкоди здоров'ю.

Першу проблему необхідно вирішувати на основі правил подолання конкуренції кримінально-правових норм. Потерпілим від злочину передбаченого

ст. 139 КК є особа, яка перебуває в стані загрози настання тяжких наслідків (про це свідчить диспозиція ч. 1 ст. 139 КК), а від злочину, передбаченого ст. 140 КК – будь-яка хвора особа. Таким чином, у ст. 139 КК ознаки потерпілого сформульовані точніше, а отже норма, яка регламентована ст. 139 КК є спеціальною і має перевагу перед загальною нормою, яка регламентується ст. 140 КК.

У тому випадку, якщо ставлення медичного працівника до наслідків є умисним необхідно звернутися до наступних ситуацій, які розглянемо на прикладі настання наслідку у вигляді смерті.

Якщо медичний працівник бажає настання смерті потерпілого, який уже перебуває в небезпечному для життя стані і такий потерпілий помирає через бездіяльність медичного працівника, скоєне необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 139 КК. Аналогічний випадок, за якого медичний працівник свідомо припускає настання смерті потребує такої ж кваліфікації. Якщо ж медичний працівник умисно поставив потерпілого в небезпечний для життя стан, а тоді з умислом не надав йому медичної допомоги, то лише у цьому разі його дії слід оцінити як умисне вбивство за відповідною частиною ст. 115 КК.

Підставою для такого висновку є різна суспільна небезпека наведених випадків, а також особливості об'єктивної та суб'єктивної сторони умисного вбивства. Так, вчиняючи умисне вбивство, винна особа бажає або припускає наслідок у вигляді смерті і вчиняє діяння, яке спричиняє цей наслідок. Якщо ж обставини складаються таким чином, що стан небезпеки вже існує, винна особа лише «приєднується» до ситуації, яка розвивається і має своїм результатом смерть. Тобто, об'єктивна сторона і її сприйняття в цьому випадку інші, ніж мають місце в складі злочину умисне вбивство, вони немовби «усічені». А тому, ненадання допомоги особі, якій вже загрожує смерть, за умови, що медичний працівник не спричиняв цю загрозу кваліфікувати як умисне вбивство не припустимо.

У зв'язку з цим важливе значення, також, можуть мати такі ознаки як мета та (або) мотив злочину. По-перше, встановивши ці ознаки, можна робити висновок, про дійсні наміри винної особи, її ставлення до наслідків що настали, а також, про усвідомлення суспільно небезпечного характеру вчинюваного діяння. По-друге, наявність мотиву чи мети завжди вказують на прямий умисел. Потретє, ці ознаки є кваліфікуючими ознаками умисного вбивства. Проте, ні мотив, ні мета, не є ознаками складів злочинів, передбачених ст.ст. 139, 140 КК.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що ненадання медичним працівником допомоги хворому може бути кваліфіковане не за ст. 139 КК чи ст. 140 КК лише у тому разі, коли винний ставився до наслідку що настав із прямим умислом і сам умисно спричинив стан загрози для потерпілого. В цій ситуації необхідною є кваліфікація за статтями про умисне вбивство чи умисне заподіяння тілесних ушкоджень відповідного ступеня тяжкості.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

СТАЖУВАННЯ ЯК УМОВА НАБУТТЯ ПРАВА НА ЗАНЯТТЯ АДВОКАТСЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЗА НОВИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ»

Н. Анікіна

Львівський національний університет імені Івана Франка

5 липня 2012 року в Україні був прийнятий новий Закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Його прийняття стало помітною подією не лише для практикуючих адвокатів, інших працівників правоохоронних органів держави, а й для всіх її громадян, оскільки була створена нормативна база для кращого забезпечення реалізації надання правової допомоги. В даній публікації хотілося б висловити своє бачення щодо одного з етапів передбаченого згаданим Законом порядку набуття права на заняття адвокатською діяльністю, а саме стажування.

П. 1 ст. 6 нового Закону зазначає, що адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування, склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Від проходження стажування звільняються особи, які на день звернення із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту мають стаж роботи помічника адвоката не менше одного року за останні два роки.

Закон удосконалив процедуру доступу до професії адвоката, встановивши обов'язкове стажування для осіб, які успішно склали кваліфікаційний іспит (отримали свідоцтво про його складення) і мають намір займатися адвокатською діяльністю. Подібний стан речей був передбачений законом про адвокатуру СРСР 1979 року, коли адвокатура діяла в єдиній організаційній формі – колегії адвокатів, і випускники вищих навчальних закладів, а також особи, які мали стаж роботи за спеціальністю юриста менше двох років, могли бути прийняті в колегію адвокатів лише після проходження стажування строком від шести місяців до одного року. Президія колегії призначала керівника стажування з числа найбільш досвідчених адвокатів колегії (хоча жодних вимог до керівника закон не встановлював), який надавав їй свій висновок про результати стажування. Чинним Законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлені вимоги до керівника стажування: ним може бути лише адвокат України, який має

© Анікіна Н., 2014

стаж адвокатської діяльності не менше п'яти років. Видається, що запровадження стажування під керівництвом особи, яка має відповідний стаж адвокатської практики, створить можливість для отримання стажистами необхідної підготовки для здійснення адвокатської діяльності і набуття професійних вмінь та навиків майбутнього адвоката. Відповідно до п. 5.2. Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затвердженого Рішенням Ради адвокатів України № 81 від 16 лютого 2013 р., керівник стажування може бути лише один. Однак особа, що вирішила пройти стажування має право почергово проходити стажування протягом строку стажування крім як у керівника стажуванням ще у двох адвокатів, які включені до реєстру керівників стажування не менше ніж один місяць підряд в кожного такого адвоката. При цьому керівник стажуванням не змінюється. Але залучення ще й інших адвокатів до процесу стажування додатково оплачується стажистом.

Слід зауважити, що практикуючі адвокати вважають передбачений Законом строк стажування в шість місяців недостатнім, оскільки вважають, що такий строк не дасть можливості особі стажиста отримати повне уявлення щодо здійснення захисту в кримінальному провадженні і, особливо, здійснення представництва в цивільних справах, які, як відомо, мають тенденцію до тривалих термінів їх розгляду. Отож, не завжди стажист матиме можливість вивчити процес надання правової допомоги клієнту від початку його звернення до адвоката і до логічного завершення розгляду справи. На нашу думку, термін стажування мав би становити мінімум дванадцять місяців. До речі, федеральним закон «Про адвокатську діяльність та адвокатуру в Російській Федерації» від 31 травня 2002 р. встановлено строк стажування від одного до двох років (п. 1 ст. 28), однак російський законодавець встановив стажування лише для осіб, які не мають дворічного стажу роботи за юридичною спеціальністю. Позиція вітчизняного законодавця видається більш послідовною і логічною: стажування має пройти кожний здобувач адвокатської професії, адже не кожна діяльність у сфері реалізації права дає чітке уявлення про особливості та нюанси діяльності адвоката у застосуванні різних правових галузей.

Відповідно до п. 7 ст. 10 Закону за оцінкою результатів стажування рада адвокатів регіону приймає рішення про: 1) видачу особі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю; 2) продовження стажування на строк від одного до трьох місяців. Викликає здивування відсутність можливості прийняття радою адвокатів такого рішення як відмова у видачі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю як наслідку негативної оцінки пройденого стажування. Із змісту аналізованої статті випливає, що таке рішення взагалі є неможливим, що рада адвокатів регіону в будь-якому випадку має прийняти позитивне рішення, навіть якщо у разі продовження стажування стажист не набув необхідних навичок і не підтвердив готовність до самостійної адвокатської практики, хоча на нормативному рівні визначено,що стажуванням є діяльність з формування і закріплення на практиці професійних знань, умінь і навичок, отриманих у результаті теоретичної підготовки, а завдання стажування є насту-

пні: вивчення деонтологічних основ адвокатської діяльності, методів організації роботи адвокатських об'єднань, адвокатських бюро, особливостей діяльності адвоката, який здійснює її індивідуально; підвищення рівня теоретичних знань та набуття практичних навичок, необхідних для здійснення адвокатської діяльності; поглиблення професійної спеціалізації, накопичення практичного досвіду для якісного надання правової допомоги.

Ситуації, що склалася, не виправляють і передбачені Положенням про стажування підстави припинення стажування: 1) за ініціативою адвоката – керівника стажування, у разі порушення стажистом чинного законодавства, внутрішнього трудового розпорядку, відмови від виконання індивідуального плану та Програми стажування; 2) за ініціативою ради адвокатів регіону, у тому числі: у разі вчинення стажистом особливо тяжкого, тяжкого злочину або злочину середньої тяжкості, у разі набрання відповідним обвинувальним вироком законної сили, визнанням стажиста недієздатним або обмежено дієздатним, настання обставин, передбачених частиною першою статті 7 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», у разі не затвердження радою звіту стажиста та висновку керівника стажування про проходження стажування.

У цьому зв'язку було б логічним кваліфікаційний іспит проводити після проходження особою стажування, щоб кваліфікаційна палата, перед якою проводиться складення іспиту, могла оцінити не лише теоретичні знання претендента на право заняття адвокатською діяльністю, а й практичні навички, одержані під час стажування (як це було в свій час для осіб, які бажали стати нотаріусами), або ж – в два етапи, як це є для осіб, які прагнуть стати суддями: перший іспит – для виявлення загальних теоретичних знань, другий, після проходження стажування, – для оцінки практичних навичок, правозастосовних умінь, набутих за час стажування.

СПОСТЕРЕЖЕННЯ ЗА ОСОБОЮ, РІЧЧЮ АБО МІСЦЕМ ЯК НЕГЛАСНА СЛІДЧА (РОЗШУКОВА) ДІЯ

М. Багрій

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених ст. 269 КПК України, є спостереження за особою, річчю або місцем. За своїм походженням ця дія є оперативно-розшуковим заходом, передбаченим п. 11 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», відповідно до якої оперативні підрозділи вправі здійснювати візуальне спостереження в громадських місцях із

© Багрій М., 2014

застосуванням фото-, кіно- і відео зйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів.

Відповідно до п.п. 1.11.8 та 1.11.11 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11. 2012 **спостереження за особою, річчю або місцем** полягає у візуальному спостереженні за особою, річчю або місцем слідчим чи уповноваженою особою для фіксації її пересування, контактів, поведінки, подій, перебування у певному, публічно доступному місці для перевірки відомостей під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину або застосуванні з цією метою спеціальних технічних засобів для спостереження.

Аналізуючи положення зазначеної Інструкції та співставляючи їх з положеннями ч. 1 ст. 269 КПК, слід відзначити, що зазначена негласна слідча (розшукова) дія проводиться не лише для перевірки відомостей під час досудового розслідування, але і для пошуку та фіксації таких відомостей, тобто як для збирання так і для перевірки доказів у кримінальному провадженні. Таким чином, метою зазначеної негласної слідчої (розшукової) дії є пошук, фіксація і перевірка відомостей про особу, її поведінку або тих, з ким ця особа контактує, або певної речі чи місця у публічно доступних місцях.

З урахуванням положень ч. 2 та 3 ст. 267 КПК публічно доступне місце можна визначити як місце, до якого можна увійти або в якому можна перебувати на законних підставах без отримання на це згоди власника, користувача або уповноважених ними осіб. Приміщення, які спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені відповідно до закону (приміщення з примусового утримання осіб у зв'язку з відбуванням покарання, затримання, взяттям під варту тощо), мають статус публічно доступних при проведенні в них негласних слідчих (розшукових) дій.

Завданнями візуального спостереження є: 1) попередження та припинення злочинної діяльності осіб, за якими ведеться спостереження та їх зв'язків; 2) виявлення злочинних зв'язків об'єктів спостереження, з якими вони вступають у контакт; 3) встановлення схованок знарядь злочинів та викраденого майна; 4) встановлення місць знаходження конкретних злочинців, які переховуються від слідства та суду, засуджених, що ухиляються від покарання, а також осіб, які безвісно відсутні; 5) вивчення образу життя та поведінки об'єктів спостереження, їх звичок та маршрутів руху з метою використання цих відомостей в розслідуванні; 6) виявлення причин та умов, що сприяють скоєнню конкретних злочинів; 7) документація конкретних фактів злочинної діяльності осіб, за якими ведеться спостереження, та їх зв'язків за допомогою фото-, кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів; 8) забезпечення проведення окремих слідчих (розшукових) дій (напр. обшуку).

Підстави проведення спостереження за особою, річчю або місцем можна поділити на формальні та матеріальні. *Формальними підставами* проведен-

ня спостереження є: 1) внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину; 2) наявність рішення слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора та ухвали слідчого судді про проведення зазначеної негласної слідчої (розшукової) дії, за винятком невідкладних випадків, передбачених ст. 250 КПК України.

Матеріальними підставами проведення спостереження є: 1) значущість окремих фактів та обставин, що обґрунтовують необхідність проведення спостереження; 2) достовірність даних, які забезпечують законність проведення спостереження; 3) реальна можливість отримати за допомогою спостереження необхідний результат; 4) неможливість отримати результат за допомогою інших процесуальних дій.

Об'єктами візуального спостереження можуть бути: 1) особи, підозрювані або обвинувачувані у кримінальному провадженні, які перебувають під адміністративним наглядом, а також щодо яких є обґрунтовані відомості про їх злочинну діяльність; 2) особи, які володіють інформацією про злочини, що готуються чи скоєні, а також ті, що підтримують протиправні стосунки зі злочинцями; 3) родичі та знайомі злочинців, яких розшукують, якщо є підстави вважати, що спостереження за ними надасть можливість відшукати злочинця або дізнатися про його місцезнаходження; 4) інші особи, спостереження за якими може сприяти проведенню окремих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій; 5) місця; 6) речі.

Суб'єктів, уповноважених на проведення спостереження можна поділити на 2 групи. До першої групи належать слідчі: а) прокуратури (на час дії п. 1 розділу XI «Перехідних положень» КПК України); б) органів внутрішніх справ; в) органів безпеки; г) органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства; д) органу державного бюро розслідувань (з дня початку його діяльності), які проводять досудове розслідування у конкретному кримінальному провадженні. До другої групи належать уповноважені законом особи: а) співробітники (працівники) уповноваженого оперативного підрозділу, залучені за рішенням керівника до проведення або участі у проведенні спостереження; б) інші особи, залучені за рішенням слідчого, прокурора, оперативного підрозділу (перекладач, спеціаліст, конфідент тощо).

Видами спостереження є:

1. Фізичне, яке ґрунтується на візуальному методі отримання інформації і полягає в спрямованому сприйнятті спостерігачем діяльності особи або об'єкта, що вивчаються. Фізичне спостереження може бути безпосереднім, тобто посадова особа особисто сприймає об'єкт, інформація про який надходить до нього без проміжних ланок, та опосередкованим, яке припускає сприйняття інформації через інших осіб, які сприяють роботі слідчого.

2. Електронне (технічне), яке побудоване на опосередкованому методі отримання інформації і полягає в спрямованому сприйнятті діяльності особи чи матеріального об'єкта, що вивчаються, за допомогою технічних засобів (телевізійних систем, радіолокаційних станцій тощо).

3. Комплексне, яке полягає в застосуванні як візуального методу отримання інформації, так і отримання інформації за допомогою технічних засобів.

Отже, спостереження може проводитися візуально або із застосуванням оптичних приладів і технічних засобів, як безпосередньо відповідним працівником, так і дистанційно.

Процесуальний порядок прийняття рішення про проведення спостереження можна поділити на два види.

1. Загальний. На підставі ст.ст. 246, 248–250, ч.1, 2 ст. 269 КПК України таке спостереження проводиться на підставі ухвали слідчого судді. Слідчий у випадках, коли для встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні відомості про особу та її поведінку або тих, з ким ця особа контактує, складає клопотання про дозвіл на проведення спостереження за особою до апеляційного суду, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового слідства, узгоджує його з прокурором або прокурор самостійно складає таке клопотання. Після цього виноситься ухвала слідчого судді про надання дозволу на спостереження за особою або про відмову в наданні дозволу на його проведення. До такого клопотання додається витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання. При цьому для кожного об'єкта спостереження подається окреме клопотання.

2. Виняткový. На підставі ст.ст. 250, 251, ч. 1, 3 ст. 269 КПК, у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII, IX, XIII, XIV, XV, XVII Особливої частини Кримінального кодексу України, спостереження за особою, річчю або місцем може бути розпочато до постановлення ухвали слідчого судді за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. У такому випадку прокурор зобов'язаний невідкладно після початку такої негласної слідчої (розшукової) дії звернутись з відповідним клопотанням до слідчого судді. Якщо слідчий суддя постановить ухвалу про відмову в наданні дозволу на проведення спостереження, то виконання будь-яких дій з проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії повинно бути негайно припинено. Отримана інформація внаслідок проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії повинна бути знищена в порядку, передбаченому ст. 255 КПК України.

Необхідно звернути увагу на різний правовий режим візуального спостереження за особою та проведення зазначеної негласної слідчої (розшукової) дії щодо речей і місць. Спостереження за річчю у публічно доступних місцях або за публічно доступним місцем не потребує ухвали слідчого судді і проводиться на підставі ухвали слідчого або прокурора. Це пов'язано з тим, що даний захід не пов'язаний з обмеженням прав і свобод особи. Хоча, необхідно зазначити, що спостереження за особою, річчю або місцем врегульовано у ст. 269 КПК України, яка знаходиться в § 3 глави 21 цього Кодексу, тобто вважається такою, що не пов'язана з втручанням у приватне спілкування.

За результатами спостереження складається протокол, який повинен відповідати вимогам ст.ст. 104, 106, 252 КПК України, в якому описуються встано-

влені в результаті спостереження обставини. Якщо спостереження проводилось із застосуванням спеціальних технічних засобів, то до протоколу долучаються додатки у вигляді фотографій та (або) відеозапис. Протокол з відповідними додатками не пізніше ніж через двадцять чотири години з моменту припинення цієї дії передається прокурору.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОГО ТА ПОТЕРПІЛОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ

В. Бойко

Львівський національний університет імені Івана Франка

З прийняттям нового КПК України процесуальний статус учасників кримінального провадження, в тому числі підозрюваного та потерпілого, наповнився новим змістом, що вимагає їх ґрунтовного аналізу та наукової оцінки. Хоча новий КПК України містить багато здобутків у правовому регулюванні статусу підозрюваного та потерпілого, однак окремі правові положення викликають зауваження і вимагають законодавчого вдосконалення.

1. КПК України визначає поняття підозрюваного як особу, якій у порядку, передбаченому статтями 276–279 КПК, повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 42 КПК України).

Однак затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення може здійснюватись лише за наявності підстав-достатніх даних, які вказують на причетність особи до вчинення кримінального правопорушення і лише в порядку, встановленому кримінальним процесуальним кодексом України. Ці підстави закріплені у ст. 208 КПК України, а процесуальний порядок затримання визначений ст.ст. 208–213 КПК України. В зв'язку з цим, у законодавчому визначенні поняття підозрюваного, яке закріплено у ст. 42 КПК України після слів, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, слід було б доповнити положенням такого змісту: «на підставах і в порядку, встановлених ст. ст. 208–213 КПК України.

2. Одним із процесуальних прав підозрюваного є його право ознайомлюватись з матеріалами досудового розслідування до його завершення. Порядок реалізації цього права визначений ст. 221 КПК України. Згідно цієї статті, слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення, за виключенням матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінально-

© Бойко В., 2014

му судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на цій стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. При цьому відмова у наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування не допускається. Таким чином, на цьому етапі кримінального провадження закон встановлює обмеження у праві сторони захисту на ознайомлення, по-перше, з матеріалами досудового розслідування про застосування заходів безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному проваджені, і, по-друге, з тими матеріалами, ознайомлення з якими на цій стадії може зашкодити досудовому розслідуванню. При цьому питання про те, ознайомлення з якими матеріалами може зашкодити досудовому розслідуванню віднесено законодавцем на суб'єктивний розсуд слідчого, прокурора. В такому разі не виключається можливість того, що слідчий або прокурор, керуючись суб'єктивним углядом можуть безпідставно не надати стороні захисту для ознайомлення ті матеріали справи, які не можуть зашкодити досудовому розслідуванню, але є дуже важливими для забезпечення підозрюваному права на захист від висунутої проти нього підозри. Це стосується, насамперед, тих матеріалів, якими обґрунтовується висунута проти нього підозра. Тому з метою найбільш повного забезпечення підозрюваному права на захист його законних інтересів в разі реалізації його права на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, в ст. 42 КПК України слід було б закріпити право підозрюваного ознайомлюватись з матеріалами досудового розслідування, якими обґрунтовується висунута проти нього підозра, а також з іншими матеріалами досудового розслідування до його завершення, а ч. 1 ст. 221 КПК України доповнити положенням про обов'язок слідчого прокурора за клопотанням сторони захисту, потерпілого надати їм для ознайомлення матеріали, якими обґрунтовується висунута проти особи підозра у вчинені кримінального правопорушення, а також з іншими матеріалами досудового розслідування до його завершення… і далі по тексту.

3. Особа набуває статусу підозрюваного з моменту повідомлення їй про підозру в порядку встановленому статтями 276–279 КПК України, а також з моменту затримання її за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 42 КПК України).

Письмове повідомлення про підозру вручається в день його складання прокурором або слідчим за погодженням з прокурором. КПК України встановлює вимоги щодо форми та змісту письмового повідомлення про підозру.

Згідно ч. 1 ст. 277 КПК України повідомлення має містити такі відомості:

1) прізвище та посаду слідчого, прокурора, який здійснив повідомлення;

2) анкетні відомості особи (прізвище, ім'я, по-батькові, дату та місце народження, місце проживання, громадянство), яка повідомляється про підозру;

3) найменування (номер) кримінального провадження, у межах якого здійснюється повідомлення;

4) зміст підозри;

5) правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність;

6) стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення у вчиненні якого підозрюється особа, в тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру;

7) права підозрюваного;

8) підпис слідчого прокурора, який здійснив повідомлення.

У вимогах щодо змісту названого вище процесуального документу зауваження викликає положення, яке міститься в п. 6 ст. 277 КПК України про те, що в повідомленні про підозру має міститись стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення у вчиненні якого підозрюється особа, у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру. Адже, якщо у повідомленні про підозру фактичні обставини кримінального правопорушення у вчиненні якого підозрюється особа будуть викладені стисло, то існує загроза того, що слідчим, прокурором можуть бути не зазначені обставини, які є сприятливими для сторони захисту, які можуть мати важливе значення для захисту прав та законних інтересів підозрюваного, що, відповідно, матиме наслідком порушення його права на захист від висунутої проти нього підозри. Тому фактичні обставини кримінального правопорушення у вчиненні якого підозрюється особа повинні бути викладені в повідомленні про підозру повно і конкретно. Це підтверджується також і тим, що згідно з вимогами ст. 276 КПК України, повідомлення про підозру обов'язково здійснюється при наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення, а це означає, що на момент складання слідчим, прокурором повідомлення про підозру фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа повинні бути встановленні з достатньою повнотою. На підставі вищенаведеного, в п. 6 ст. 277 КПК України термін «стислий» виклад фактичних обставин кримінального правопорушення слід було замінити на «повний» виклад фактичних обставин кримінального правопорушення.

4. Новий КПК України визначає поняття потерпілого, як фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди (ч. 1 ст. 55 КПК України). Однак, якщо названим вище особам шкода заподіяна не кримінальним правопорушенням, а суспільно небезпечним діянням (фізичним особам – майнова та/або моральна шкода),то такі особи, визнаються лише цивільними позивачами, за умови пред'явлення ними цивільного позову (ч. 1. ст. 61 КПК України). Такий підхід законодавця є несправедливим. Названі вище особи також повинні визнаватися потерпілими, оскільки вони також зазнали шкоди, а тому не має принципового значення, кримінальним правопорушенням чи суспільно небезпечним діянням їм була заподіяна така шкода. Крім того, обсяг прав цивільного позивача є значно вужчим, ніж потерпілого, що також обмежує можливості захисту цими особами своїх законних інтересів. В зв'язку з цим, поняття потерпілого в кримінальному провадженні слід було б розширити, доповнивши ч. 1 ст. 55 КПК України положенням, згідно якого потерпілим повинна визнаватись фізична або юридична особа, якій відповідна

шкода була заподіяна не лише кримінальним правопорушенням, а й суспільно небезпечним діянням.

5. Одним із процесуальних прав потерпілого є його право знайомитися з матеріалами, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, в порядку, передбаченому КПК України, у тому числі після відкриття матеріалів в разі завершення досудового розслідування (п. 11 ст. 56 КПК України). Обмеження права потерпілого ознайомлюватися лише з тими матеріалами, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення, обмежують можливості захисту ним своїх прав та законних інтересів, оскільки слідчий в даному випадку може на власний розсуд обмежити обсяг наданих йому для ознайомлення матеріалів. Можливість такого обмеження ще більш зростає, якщо у кримінальному провадженні бере участь декілька потерпілих. Тому з метою найбільш повного забезпечення захисту прав та законних інтересів потерпілого на етапі завершення досудового розслідування та надання йому доступу до матеріалів досудового розслідування, він повинен бути наділений законом правом ознайомлюватися зі всіма матеріалами досудового розслідування, а не лише з тими, які безпосередньо стосуються вчиненого щодо нього кримінального правопорушення.

ПІДСТАВИ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ПРОКУРОРОМ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

О. Вітрук

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до п. 12 ч. 2 ст. 36 КПК України прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, уповноважений пред'являти цивільний позов в інтересах держави та громадян, які через фізичний стан чи матеріальне становище, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права, у порядку, передбаченому КПК України та ЗУ «Про прокуратуру».

Відповідно до ч. 3 ст. 128 КПК України цивільний позов в інтересах держави пред'являється прокурором. Цивільний позов може бути поданий прокурором у випадках, встановлених законом, також в інтересах громадян, які через фізичний чи матеріальний стан, неповноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права.

Підставою представництва прокурором інтересів громадянина є його неспроможність через фізичний стан, недосягнення повноліття, похилий вік, не-

© Вітрук О., 2014

дієздатність або обмежену дієздатність самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження. Наявність таких підстав має бути підтверджена прокурором шляхом надання суду відповідних доказів. Підставою представництва в суді інтересів держави є наявність порушень або загрози порушень інтересів держави.

Представництво інтересів громадянина або держави здійснюється прокурором також на підставі заподіяння громадянину або державі шкоди внаслідок вчинення кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння, передбаченого законом про кримінальну відповідальність.

Підстави цивільного позову можуть бути класифіковані на фактичні і юридичні. Фактичні підстави – це сукупність відомостей про заподіяння шкоди (збитків) кримінальним правопорушенням, яка може бути основою для заявлення фізичною або юридичною особою позовних вимог про її відшкодування (компенсацію) під час досудового розслідування або судового розгляду кримінального провадження. З теорії доказування випливає, що будь-яке кримінально – процесуальне рішення, в тому числі про подання цивільного позову, приймається на підставі достатньої сукупності фактичних даних, віднесених у процесуальний статус доказів.

Достатність доказів для прийняття рішення про пред'явлення цивільного позову кримінально – процесуальний закон пов'язує з наявністю заподіяної кримінальним правопорушенням моральної, фізичної або майнової шкоди, причинно-наслідкового зв'язку між кримінальним правопорушенням і шкодою, як негативним наслідком, що настав в результаті його вчинення.

Юридичні підстави – це норми кримінально-процесуального та цивільного права, що надають мають право фізичній або юридичній особі вимагати від відповідача відшкодування заподіяної особі кримінальним правопорушенням майнової шкоди (збитків) та компенсації моральної шкоди.

Значення цивільного позову в кримінальному провадженні полягає в тому, що спільний розгляд цивільного позову з кримінальним провадженням: а) забезпечує найбільш швидке відновлення майнових прав потерпілого; б) виключає прийняття судом суперечливих рішень з одних і тих же питань; в) звільняє потерпілого, обвинуваченого та інших суб'єктів провадження від обов'язку двічі брати участь у провадженні по тій же справі; г) дозволяє правильно кваліфікувати кримінальне правопорушення.

До предмета доказування за цивільним позовом у кримінальному провадженні традиційно відносять:

а) підстави цивільного позову;

б) розмір цивільного позову;

в) особу, якій кримінальним правопорушенням заподіяно шкоду, і особу, яка може бути визнана цивільним позивачем;

г) особу, що несе матеріальну відповідальність за позовом;

д) вину цивільного відповідача в заподіянні шкоди особою, за дії якої вона несе відповідальність;

е) вину особи, що зазнала шкоди від кримінального правопорушення, її форму та ступінь;

ж) майновий стан відповідача за позовом.

У разі пред'явлення позову прокурором підлягають доказуванню також підстави для пред'явлення позову прокурором, а саме: наявність порушення інтересів держави або неспроможність громадянина через фізичний чи матеріальний стан, похилий вік або з інших поважних причин самостійно захистити свої порушені чи оспорюванні права або реалізувати процесуальні повноваження.

СУД ПРИСЯЖНИХ В УКРАЇНІ: PRO ET CONTRA

І. Волоско

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття 124 Конституції України проголошує право народу безпосередньо брати участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Можливість реалізувати своє конституційне право на участь у правосудді як присяжного виникла у громадян лише з ухваленням нового КПК. Існують дві моделі суду присяжних: європейська (континентальна, франко-германська) і класична (англо-американська).

При класичній моделі судом присяжних є обрані представники суспільства, які утворюють відокремлену від професійного судді колегію і приймають рішення про винуватість чи невинуватість особи – вердикт. За континентальною моделлю присяжні (народні засідателі, шефени) виступають з тими ж правами, що й судді, беруть активну участь у дослідженні доказів, визначають наявність у діях особи всіх елементів складу злочину. Українське законодавство імплементувало європейську (континентальну) модель суду присяжних.

Кримінальне провадження в суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено довічне позбавлення волі, за клопотанням обвинуваченого може здійснюватися судом присяжних (два професійних судді та три присяжних).

На даний час інститут присяжних є предметом численних дискусій, дебатів серед вчених і практичних працівників. Але це і не дивно, оскільки сама концепція суду присяжних у новому КПК України є досить суперечливою та неоднозначною. Відповідно до ст. 391 нового КПК України, нарадою суду присяжних керує головуючий, який послідовно ставить на обговорення питання, що вирішуються судом при ухваленні вироку. Зі змісту ст. 383–391 КПК можна дійти висновку, що процедура провадження у суді присяжних детально врегульована. Разом із тим підхід до регламентації цього провадження, на наш погляд, є принципово невірним. Пояснюється це тим, що відповідно до ч. 3 ст. 382 КПК усі питання, пов'язані з судовим розглядом, професійні судді і присяжні вирішують спільно.

© Волоско І., 2014

Професійні судді разом з присяжними повинні вирішити такі питання: 1) чи мало місце діяння, у вчиненні якого обвинувачується особа; 2) чи містить це діяння склад кримінального правопорушення і якою статтею закону України про кримінальну відповідальність він передбачений; 3) чи винен обвинувачений у вчиненні цього кримінального правопорушення; 4) чи підлягає обвинувачений покаранню за вчинене ним кримінальне правопорушення; 5) чи є обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання обвинуваченого, і які саме; 6) яка міра покарання має бути призначена обвинуваченому і чи повинен він її відбувати; 7) чи підлягає задоволенню пред'явлений цивільний позов і якщо так, на чию користь, в якому розмірі та в якому порядку; 8) чи вчинив обвинувачений кримінальне правопорушення у стані обмеженої осудності; 9) чи є підстави для застосування до обвинуваченого, який вчинив кримінальне правопорушення у стані обмеженої осудності, примусового заходу медичного характеру, передбаченого ч. 2 ст. 94 Кримінального кодексу України; 10) чи слід у випадках, передбачених ст. 96 Кримінального кодексу України, застосувати до обвинуваченого примусове лікування; 11) чи необхідно призначити неповнолітньому громадського вихователя; 12) що належить вчинити з майном, на яке накладено арешт, речовими доказами і документами; 13) на кого мають бути покладені процесуальні витрати і в якому розмірі; 14) як вчинити із заходами забезпечення кримінального провадження.

Варто зазначити, що особам, які не мають юридичної освіти, буде складно обґрунтовано відповідати на такі запитання, також виникнуть труднощі для присяжних при вирішенні питань кваліфікації дій підсудного та визначення міри покарання. Логічним є висновок про те, що у вищевказаних випадках вони підтримуватимуть позицію професійних суддів. Самостійного рішення присяжні за концепцією, запропонованою новим КПК України, не будуть приймати. Вони також не зможуть відповідати за свої рішення, що, безперечно, не сприятиме об'єктивному та неупередженому постановленню вироку. Передбачаючи правову норму, за якою судді спільно з присяжними повинні вирішувати всі питання при ухваленні рішення, законодавець може спричинити ситуацію колективної безвідповідальності як самих присяжних, так і професійних суддів, оскільки останні свої помилки та зловживання зможуть перекладати на недосвідчених присяжних, що стануть своєрідним прикриттям судового беззаконня.

Отже, за такої форми судочинства присяжні будуть піддаватися впливу професійних суддів при винесенні вердикту щодо винуватості або невинуватості обвинуваченого та призначенні йому міри покарання.

Таке провадження не має нічого спільного з судом присяжних у класичному його розумінні. За схожою процедурою раніше розглядалися кримінальні справи професійними суддями за участю народних засідателів. Тому у КПК необхідно врегулювати порядок кримінального провадження таким чином, щоб формою реалізації повноважень суду присяжних було лише вирішення питання про факт – про винуватість або невинуватість обвинуваченого, а також заслуговує чи ні він поблажливого ставлення.

Варто погодитись з тим, що суд присяжних повинен відроджуватись у його класичній формі. Тобто він має створюватися для поділу судової влади на

дві відносно самостійні структури – суд присяжних і професійний суддя, – які взаємно контролюють один одного. Особливість класичної моделі цього інституту, перш за все, полягає в тому, що повноваження професійних суддів і присяжних суттєво відрізняються один від одного: питання про винність вирішується присяжними в їх вердикті, а питання про покарання – суддями у вироку.

При впровадженні суду присяжних у його класичній формі (коли колегія присяжних наділена повноваженнями самостійно приймати власні рішення без участі професійного судді (суддів)) розшириться дія змагальних засад у судовому провадженні. По-перше, присяжні мають розглядати справи не знайомлячись попередньо з матеріалами досудового провадження. Це, у свою чергу, зміцнить реалізацію принципу безпосередності, тому що докази в суді будуть досліджуватися більш ретельно та детально. По-друге, у судових дебатах сторони обвинувачення та захисту, будучи в процесуально рівноправному становищі, мають довести правильність своїх суджень перед присяжними, які зацікавлені в найбільш повному та всебічному висвітленні усіх обставин справи. Такий стан речей, безумовно, буде сприяти підвищенню рівня професіоналізму захисників і державних обвинувачів.

ПРОБЛЕМА ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ТА ЗАРУБІЖНА ПРАКТИКА

М. Гузела

Львівський національний університет імені Івана Франка

Визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі та виключення їх з матеріалів провадження виступає однією з основних гарантій захисту прав людини від протиправних дій органів кримінального переслідування, яка за своєю сутністю є юридичною санкцією. У кримінальному процесуальному праві різноманітних зарубіжних демократичних держав ця санкція має свої особливості. Саме, у 1990-х роках наше національне кримінально-процесуальне законодавство сприйняло притаманну доказовому праву Великобританії та США концепцію «нещадного виключення» (недопустимих доказів) – exclusionary rule. З іншого боку, без дослідження міжнародно-правового та зарубіжного законодавства неможливо оцінити місце національного кримінального процесу в світових правових системах, осмислити ті перетворення, які відбуваються та реалізуються у зв'язку з прийняттям та вступом у дію нового кримінального процесуального законодавства України.

© Гузела М., 2014

Під впливом розвитку різноманітних науково-теоретичних концепцій визнання доказів недопустимими стали вважатися загальновизнаними і впроваджуватися в міжнародно-правове та зарубіжне законодавство процесуальні норми, які стосуються прав затриманого або обвинуваченого: рівність перед судами і трибуналами, право на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, не бути приневоленим до давання свідчень проти самого себе чи до визнання себе винним (ч. 1, ст. 14, п. g ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права); на справедливий і гласний розгляд пред'явленого йому обвинувачення без невиправданої затримки на основі повної рівності компетентним, незалежним і неупередженим судом, презумпція невинуватості (ст.ст. 10–11 Загальної декларації прав людини) тощо.

Однак, більш ґрунтовно процедуру визнання доказів недопустимими у процесуальному праві закріпив Римський статут Міжнародного кримінального суду. Зокрема, згідно з ч. 4 ст. 69 даного Статуту, суд може відповідно до правил процедури та доказування винести рішення про належність і допустимість будь-яких доказів, беручи при цьому до уваги, поряд з іншим, їх силу, а також шкоду, яку такі докази можуть заподіяти проведенню справедливого судового розгляду або справедливої оцінки показань свідка. А вже в ч. 7 даної статті зазначається, що докази, які отримані в результаті порушення положень Статуту або міжнародно-визнаних прав людини, не є допустимими, якщо це: а) порушення породжує серйозні сумніви в достовірності доказів; або б) допуск доказів був би несумісний з добросовісним проведенням розгляду і завдавав би йому істотної шкоди.

Крім того, особлива актуальність щодо визнання доказів недопустимими та питання застосування українськими судами норм права Європейського Союзу виникла внаслідок приєднання України до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка була ратифікована у 1997 році. Разом з тим, визнання доказів недопустимими у сфері кримінального судочинства та можливість імплементації зазначеної процедури пов'язані з реалізацією наступних прав, передбачених тією ж Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод: права на справедливий судовий розгляд (ч. 1 ст. 6 Конвенції), презумпції невинуватості (ч. 2 ст. 6 Конвенції), права на таємницю листування (ст. 8 Конвенції), на недоторканність житла (ст. 8 Конвенції), особисту недоторканність (ст. 5 Конвенції), права на захист (ч. 3 ст. 6 Конвенції).

До того ж, можливість вимагати від судді не використовувати докази, отримані з порушенням закону, логічно витікає із змісту норм, що закріплюють право на справедливий судовий розгляд (ч. 1 ст. 6 Конвенції) і презумпцію невинуватості (ч. 2 ст. 6 Конвенції).

На наш погляд, таке розуміння права на справедливий судовий розгляд створює передумови для виникнення іншого права – вимагати від судді не формувати своє рішення на доказах, отриманих з порушенням закону, тому що в іншому випадку судовий розгляд у кримінальному провадженні можна визнати несправедливим. Відмова судді від оцінки, перевірки та дослідження доказів, отриманих із неналежного джерела, з порушенням закону та неналежним суб'єктом, певною мірою нейтралізує допущене правопорушення та сприяє

відновленню справедливості самого процесу. Таким чином, на підставі аналізу вказаних вище міжнародних нормативно-правових актів, можна зробити висновок про те, що процедура визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі, випливає із права на справедливий судовий розгляд та презумпції невинуватості. У міжнародному та європейському праві, по-перше, правила, що стосуються недопустимості доказів, мають на меті вдосконалення процедури ефективності встановлення фактів. А по-друге, випливають із принципу правової визначеності, тобто встановлюють обов'язкові норми, яких мають дотримуватися правоохоронні органи і які допомагають в ухвалені рішень для ефективного захисту конституційних прав у кримінальному процесі.

У доктрині Європейського Союзу визначення процесуальних норм стосовно допустимості доказів у кримінальних справах хоч і належить національним правовим системам, однак застосування таких норм також може бути предметом розгляду Суду, позаяк таке застосування може вплинути на справедливість усього судового процесу Таким чином, на підставі аналізу міжнародного та європейського законодавства, а також практики Європейського суду з прав людини можна дійти висновку, що поняття недопустимості доказів тісно пов'язане із правом на справедливий судовий розгляд та презумпцією невинуватості. Тим більше, цей аспект належної правової процедури допустимості доказів знаходить своє відображення в інших правах людини, які передбачені у відповідних міжнародних нормативно-правових актах.

У той же час, правила допустимості доказів у практиці Європейського суду з прав людини в цілому полягають у тому, що докази, отримані з порушенням норм процесуального закону, не можуть братися до уваги при розгляді справи в Суді та є прерогативою національного законодавства. Однак, процедура застосування процесуальних норм стосовно визнання доказів недопустимими є предметом розгляду Європейського суду з прав людини, оскільки таке застосування норм національними судами може вплинути на справедливість судового розгляду в цілому. Втім, таке вирішення має відповідати, на нашу думку, певним стандартам, за якими суд повинен враховувати наступні основні критерії допустимості доказів: 1) інтенсивність порушення конституційних прав при отриманні доказу; 2) роль доказу в стратегії обвинувачення (чим важливіша роль, тим більш недопустимим є такий доказ); 3) всі докази, на підставі яких формується обвинувачення, повинні бути отримані в присутності обвинуваченого в процесі публічного розгляду справи з урахуванням принципу змагальності; 4) сторона захисту має право відмовитися від передбаченого Конвенцією права на допит свідків, і тоді письмові показання свідка можуть бути оголошені, якщо така відмова від свого права на допит свідка мала добровільний характер і була чітко виражена; 5) виключення із загального правила надання можливості стороні захисту допитати свідка обвинувачення в суді в деяких випадках є допустимим; 6) урахування принципів презумпції невинуватості та рівності сторін. Дані критерії були вироблені Європейським судом з прав людини в основному на підставі окремих видів джерел доказів, а саме: з доказів, отриманих із засто-

суванням тортур та інших видів жорстокого поводження, показань анонімних свідків та таємних агентів правоохоронних органів, де допустимість доказів відіграє досить важливу роль та суттєво може вплинути на справедливий розгляд судом кримінальної справи.

Проаналізувавши міжнародний досвід, необхідно звернути увагу і на правове регулювання визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі деяких зарубіжних країн. У доказовому праві США для кожного із видів джерел доказів притаманні свої правила їх допустимості. Зокрема, в американському процесі допустимість доказів (admissibility) означає, що доказ може бути внесений на розгляд суду, лише якщо він має доказове значення (доказову силу) для доведення певного факту під час судового процесу. А виконання встановлених процедурних правил їх збирання та забезпечення дотримання законності при цьому є, незважаючи на свою важливість, лише вторинною умовою допустимості. Це випливає з положення, закріпленого правилом 402 Федеральних правил доказування США, згідно з яким всі належні докази є допустимими, якщо інше не передбачено Конституцією США, актами Конгресу, цими правилами або розпорядженнями Верховного Суду США, винесеними відповідно до його нормотворчої компетенції. Неналежні докази є недопустимими.. Зазначене правило відомо також як принцип Дж. Тайера: доказ є допустимим у випадку і тільки за умови, якщо він є належним. Отже, у випадку відсутності конкретної підстави для виключення належних доказів, всі належні докази мають бути допущені до судового розгляду кримінальної справи.

У доказовому праві Німеччини заборони доказування прийнято поділяти на дві групи: 1) заборони, які можуть стосуватися збору доказів (так звані заборони отримання доказів) та 2) заборони їх використання .

В свою чергу, заборони отримання доказів виступають певними приписами, які обмежують процесуальне з'ясування істини в інтересах інших цінностей, які включають в себе: а) заборони щодо предмета доказування, приписи, згідно з якими певні факти не можуть бути предметом доказування; б) заборони щодо засобів доказування, коли вони не можуть бути використані; в) заборони щодо методів доказування; г) відносні (релятивні) заборони, коли отримання доказів може бути здійснене лише за допомогою певних засобів.

До другої групи відносяться заборони, які містять використання в кримінальному процесі незаконно отриманих результатів доказування. Вичерпна така заборона міститься лише у ч. 3 § 136 а КПК ФРН, згідно з яким показання, отримані недозволеними методами не можуть бути використані і тоді, коли обвинувачений проти цього не заперечує.

Верховний суд ФРН роз'яснює, що при вирішенні питання про встановлення заборон використання незаконно отриманих результатів доказування залежить від того, чи суттєво порушення закону впливають на правову сферу обвинуваченого, чи вони не є малозначними або взагалі не мають ніякого доказового значення.

Своєю специфікою наділена процедура визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі Франції. При цьому, слід зазначити, що теорія доказів

ніколи не займала центрального місця у кримінально-процесуальному праві Франції. Внаслідок цього, при прийнятті КПК Франції 1958 р. його автори не узагальнили в спеціальному розділі норми доказового права, які виявилися розпорошеними по всьому тексту даного кодексу. Однак, на сьогоднішній момент теорія доказів у кримінальному процесі Франції умовно складається з трьох частин: обов'язок доказування, засоби доказування та їх доказової сили. КПК Франції не містить вичерпного переліку видів доказів, що підлягають доказуванню. Будь-який доказ вважається допустимим, незалежно від того, закріплений чи не закріплений він у кримінально-процесуальному законодавстві Франції. Звідси у кримінальному процесі Франції існують винятки із принципу свободи доказів, які можуть впливати на допустимість або недопустимість доказів. Таким чином, у Франції розуміння допустимості та визнання доказів недопустимими виражається через відсутність вичерпного переліку видів доказів, яка доповнюється відсутністю вичерпного переліку процесуальних дій, дозволених в процесі доказування.

Таким чином, теоретико-правові та практичні аспекти визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі слід розглядати з точки зору міжнародно-правового та зарубіжного досвіду. Слід зазначити, що визнання доказів недопустимими з точки зору міжнародно-правового досвіду, в першу чергу, виражається у праві на справедливий судовий розгляд, реалізації презумпції невинуватості, які передбачені у відповідних міжнародних нормативно-правових актах (Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, Загальній декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, Римському статуті Міжнародного кримінального суду, Регламенті Європейського Суду з прав людини тощо).

У міжнародно-правовому аспекті визнання доказів недопустимими окрему увагу слід звернути на законодавство Європейського Союзу. З точки зору права Європейського Союзу стосовно визнання доказів недопустимими у кримінальному процесі хоч і належить національному законодавству, однак застосування таких норм також може бути предметом розгляду Європейського Суду з прав людини, на що вказує і його судова практика.

Досліджуючи визнання доказів недопустимими з точки зору зарубіжного законодавства країн англосаксонської та романо-германської правових сімей, слід вказати на їхні спільні та відмінні риси, які пов'язані із історичними формами самого кримінального процесу. Спільними рисами країн англосаксонської та романо-германської правових сімей є те, що допустимість доказів визначається сукупністю правил, встановлених нормами процесуального та матеріального права з метою ухвалення справедливого рішення у кримінальній справі. З іншого боку, правове регулювання допустимості та процедури визнання доказів недопустимими, у порівнянні із кримінальним процесуальним законодавством країн романо-германської правової сім'ї, детальніше регламентовані у законодавстві країн англосаксонської сім'ї та більш широко тлумачаться судово-прецедентною практикою.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ КОНСТРУЮВАННЯ ТА ПЕРЕВІРКИ ВЕРСІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ

І. Жолнович

Львівський національний університет імені Івана Франка

В силу нормативних, ситуаційних, психологічних вимог досудове розслідування – це складна соціальна система управління кримінально-процесуальною діяльністю щодо керівництва і організації учасників процесу і виконання інших процесуальних функцій з метою встановлення адекватних вчиненню злочинних діянь обставин справи.

Під управлінськими завданнями розуміють вибір мети, аналіз і систематизація інформації, тобто визначення слідчої ситуації, висунення версій щодо встановлення обставин провадження, планування подальших слідчих і процесуальних дій, їх ефективна організація з постійним отриманням нової доказової і недоказової інформації, висунення нових версій і знову ж організація їх перевірки і оцінка.

У традиційному розумінні з'ясування закономірностей виникнення слідчих ситуацій, аналіз їх інформаційного змісту приводить до висунення типових версій і потім організації і планування розслідування.

Під час розслідування службових злочинів немає класичного розуміння версій щодо встановлення, наприклад, злочинця в умовах неочевидності або абсолютної невідомості обставин або мотивів злочинного діяння, як, наприклад, у загально кримінальних злочинах. Версіями у даному випадку будуть припущення щодо змісту відомих обставин провадження, як правило, з відносною наповненістю процесуальною або не процесуальною інформацією. Причому, як відзначає Е.М. Шахназаров, під час конструювання версій по службових злочинах неможна обмежуватися виключно слідчими ситуаціями, важливо враховувати наявність інших невідомих епізодів злочинної діяльності, помилки щодо суб'єкта злочину, інших співучасників злочину.

Під час розслідування службових злочинів можуть висуватися наступні версії:

– про належного суб'єкта службового злочину, коли в силу певних юридичних колізій особа, яка перевіряється, може не мати правового статусу службової особи;

– про кількість осіб, які вчинили злочинне діяння, коли одна особа бере всю провину на себе, однак механізм злочину передбачає участь декількох службових осіб або інших осіб;

– про рольову участь службових осіб, які беруть участь у злочинному діянні, що передбачає аналіз структури організованих форм – групи, організації;

Під час розслідування службового злочину необхідно з'ясувати: з якого часу керівництву органу державної влади або органу місцевого самоврядування,

© Жолнович І., 2014

де було здійснено злочин, стало відомо про нього; чи відразу з боку керівника поступило повідомлення у правоохоронні органи; який період часу міг пройти від вчинення злочину до його виявлення; коли і ким виконувалися функції, повноваження, подібні тим, які були порушені і стали предметом розслідування. З'ясування цих та інших питань допоможе розібратися, хто, коли і за яких обставин вчинив службовий злочин.

Якщо злочин носив груповий характер, до найважливіших обставин, що підлягають встановленню, відносяться виявлення зв'язків між всіма його учасниками і доведення провини кожного співучасника. Про злочинні зв'язки співучасників можуть свідчити особливі взаємини службових осіб, зв'язаних спільною роботою або тривалим знайомством. Зв'язок цей встановлюється під час допиту свідків, яким такі стосунки відомі. Вона може бути підтверджена фотознімками, виявленими при обшуку записами прізвищ, номерів телефонів і тому подібне

– про механізм злочинної поведінки службової особи;

Перш за все довести подію злочину, з'ясувати характер дії (бездіяльності) службової особи, в чому воно конкретно виражалося за способом і формою здійснення. При цьому з'ясовується, чи не залишені підозрюваними матеріальні сліди злочину, і в разі наявності вони залучаються до справи.

Для визнання події злочину доведеним слідчому необхідно встановити час і місце його здійснення. Визначивши час вчинення злочину, слідчий може вирішити багато питань, пов'язаних з подією злочину, причетністю інших службових осіб до його здійснення. Причому по деяких справах поважно встановити час події злочину з точністю до хвилин, по інших – обмежитися тривалішим терміном.

Також важливим є встановлення місця вчинення злочину. В основному у справах даної категорії воно збігається з місцем роботи службової особи. Але незрідка службова особа здійснює декілька зловживань, службових підроблень в різних місцях, неодноразово проявляє недбалість. Місце вчинення злочину в таких випадках повинне встановлюватися по кожному факту правопорушення.

У практиці може статися, що службова особа, міняючи місце роботи в органах державної влади або органах місцевої самоврядності, на кожному з них скоює злочин по службі. У цьому випадку кожне з них є самостійним складом і також вимагає встановлення місця вчинення злочину.

– про причинний зв'язок результатів вчиненого злочину зі злочинним використанням службовою особою своїх службових повноважень;

– про способи вчинення злочину під час використання службових повноважень, коли можливі версії про перевищення або зловживання службовими повноваженнями, службове підроблення або інші спеціальні склади службових злочинів;

Важливою обставиною, яка підлягає встановити слідчому, є спосіб вчинення злочину. Для цього необхідно виявити, які умови зробили можливим і полегшили вчинення злочину, і як вони були використані злочинцем.

– про наявність інших епізодів вчинення злочинних діянь, коли виявлений злочин є проміжною ланкою в ланцюзі інших службових і не службових злочинів (найчастіше розкрадань);

– про мотиви вчинення злочину, коли за видимістю «благородних спонукань» (ніби «хотів як краще») ховаються переважно особистісні або корисливі інтереси злочинних діянь;

Поведінка службових осіб, що свідчить про їх зацікавленість в ході розслідування справи, прагнення чинити тиск на слідчого також можуть вказувати на зв'язок учасників злочину. Ця зацікавленість виявляється самим різним чином.

За формою провини всі службові злочини умисні, і лише недбалість – виключення із загальних правил, оскільки вона є діянням необережним. Для встановлення форми провини необхідно проаналізувати, через які причини службова особа вчинила злочин, які аргументи приводить відносно мотивів діяння: незнання справи, невміння працювати з людьми, матеріальна скрута і т д.

Не менш важлива обставина у справах даної категорії – мотив злочину. Значення встановлення мотиву службового злочину обумовлена тим, що мотив може по-різному характеризувати суспільну небезпеку вчиненого і особи, винуватої в ньому. Він враховується судом при визначенні міри покарання винному.

Мотивом службового злочину незрідка бувають інтереси установи або організації, що помилково зрозуміли такий факт. Мотив службового злочину тісно зв'язаний з метою його здійснення. Чинне законодавство, формулюючи склади службових злочинів, не вказує на мету як обов'язкову ознаку складу злочину. Але для призначення справедливого покарання важливо з'ясувати, з якою метою здійснений злочин.

– про наявність або відсутність документів, їх пошуку, методах виявлення і дослідження, які можуть підтвердити або спростувати розслідувані обставини службового злочину;

Серед обставин, що мають значення для з'ясування вини, необхідно перевірити, чи були врегульовані повноваження службової особи відповідними юридичними актами: наказом, договором і т.п.; як це відбилося на відношенні підозрюваного до їх порушення; у чию користь були обернені результати досконалого службового злочину.

– про ступінь заподіяння фізичної, моральної або майнової шкоди, включаючи дослідження істотності порушення прав і законних інтересів громадян, організацій або охоронюваних законом інтересів суспільства або держави, що носить, як видається, досить оціночний характер;

– про детальний аналіз версій захисту і версій кримінального переслідування з розглядом всіх обставин, що обтяжують та пом'якшують відповідальність, фактів, які зупиняють кримінальне провадження загалом або окремих епізодів злочинної діяльності.

Слідчий повинен встановити також обставини, що впливають на міру і характер відповідальності обвинуваченого. До даної групи обставин відносяться перш за все перераховані в законі пом'якшувальні і обтяжливі відповідальність обставини. Причому і ті, та інші в основному характеризують особу того, що вчинив злочин, і лише деякі з них вказують на характер його дій, їх наслідків і обстановку вчинення злочину.

Перелік пом'якшувальних обставин, як відомо, не обмежений рамками закону. Як такі можуть бути визнані, наприклад, добросовісне відношення до служ-

бових обов'язків, похилий вік, стан здоров'я і тому подібне. Навпаки, перелік обставин, обтяжуючих відповідальність, вичерпний. З їх числа у справах про службові злочини підлягають з'ясуванню наступні: неодноразове здійснення посадовою особою злочину, спричинення тяжких тілесних ушкоджень, вчинення злочину відносно особи, що знаходиться в службовій або іншій залежності від винного.

Під час розслідування необхідно також з'ясувати інші обставини, що характеризують особу підозрюваного, – як позитивні, так і негативні.

Звичайно, що кожне припущення, кожна заява сторін, як і будь-які припущення органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, захисників обвинувачених, повинні розглядатися з однаковою ретельністю, аналогічно як і протилежні версії (контрверсії).

ТАКТИЧНЕ ЗАВДАННЯ І ТАКТИЧНЕ РІШЕННЯ: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

О. Калужна

Львівський національний університет імені Івана Франка

Категорія *«тактичне завдання»* використовується: 1) у межах окремих слідчих дій; 2) у межах всього процесу розслідування – як проміжне завдання. У спеціальній літературі можна знайти кілька десятків визначень поняття «тактичного завдання», від багато у чому подібних між собою і концептуально правильних, до «порожніх» за сенсом і навіть таких, що містять у собі помилкові міркування про дану категорію понятійного апарату криміналістики. Ситуація ж з кількістю дефініцій «тактичного завдання» породжена, як склалось уявлення, тим, що їх автори переважно не вдавались до самостійного, повноцінного та комплексного аналізу цього поняття у всіх його взаємозв'язках та взаємообумовленостях із суміжними та іншими науковими категоріями криміналістики та із слідчою практикою, а пропонували власне визначення іноді й з причини «так годиться». Тому певну досаду викликає наукова неуважність (а, можливо, й недостатня принциповість) авторів тих чи інших дефініцій.

В кожній науці існують системи термінів, понять, класифікацій, за допомогою яких визначається зміст усієї науки і перспективи її участі у предметному пізнанні фрагментів об'єктивного світу. Вони складають онтологію науки і тому вони повинні мати чітко сформульоване значення і коло охоплюваних елементів. Особлива роль належить дефініціям і класифікаціям, які є статичним виразом закономірностей, встановлених конкретного наукою на даний момент пізнання, вони є вершиною абстрагування, а, отже, найглибшого проникнення у суть речей. В той же час дефініції повинні формулюватись за певними, чітко визначеними правилами (їх вивчає наукознавство), бути точними і однозначними, без чого дослідження не до-

© Калужна О., 2014

помагає науці, а часом і шкодить їй. Однією з найважливіших функцій наукових понять є формалізація накопичених знань, що дозволяє передавати їх в процесі навчання. Там, де рівень формалізації недостатній, такі знання належать скоріше всього до професійного мистецтва, а не до науки. Одним з критеріїв формалізації знань є їх відбиття в чітко сформульованих поняттях, що робить їх доступними широкому колу осіб. Чіткість понятійних формулювань, відсутність неточностей і протиріч є запорукою глибокого розуміння певної предметної області і надбання відповідних практичних навичок в процесі навчання.

Низка криміналістів вважають, що тактичні завдання мають правову мету, тобто випливають із обставин, що входять у предмет доказування. Зокрема, на думку В.О. Князєва, тактичне завдання – відносно складне, обумовлене предметом доказування у кримінальній справі і підпорядковане кінцевій меті розслідування. На думку О.Я. Баєва, предмет доказування зумовлює обставини, що підлягають встановленню, і в кінцевому підсумку визначає постановку того або іншого локального завдання. Аналогічної думки О.В. Пчеліна, основу тактичних завдань закладають обставини, що входять до предмета доказування, встановлення обставин, які входять до складу предмета доказування, доцільно розглядати як проміжні завдання.

Серед маси інших визначень знаходимо, що окрема «тактичне завдання» це:

– прийнята слідчим ситуація, яка включає мету й умови, в яких він у силу свого службового становища зобов'язаний діяти для досягнення мети (Н.Л. Гранат);

– ситуація кримінально-правового характеру, що потребує здійснення комплексу дій з наведення вихідної інформації про об'єкт пізнання до кількості та виду, що дозволяє отримати нові дані про нього та використовувати їх для вирішення кримінальної справи (М.С. Полєвой);

– заснована на кримінально-процесуальному законі система конкретних, відносно самостійних слідчих дій, оперативно-розшукових дій, тактичних прийомів, визначених на конкретному відрізку розслідування проміжною метою (С.А. Величкін);

– обумовлена ситуаційним чинником необхідність використання умов, які склалися чи створення сприятливих умов для подальшого розслідування шляхом правомірного впливу на той або інший об'єкт (О.Ю. Головін);

– тактичні завдання формуються слідчими ситуаціями, що випливають з особливостей певного моменту розслідування з розглянутої категорії злочинів і мають тактико-методичне значення (В.В. Тищенко);

– це окреме на шляху до загального (стратегічного) завдання кримінального судочинства, пов'язане із застосуванням криміналістичних засобів і прийомів (А.Ф. Волобуєв);

– ситуаційно обумовлена необхідність використання певних засобів розслідування для отримання необхідного результату (встановлення обставин у справі, формування доказів, вирішення проблемної ситуації) (О.А. Чебуренков);

– певна проблема, яка потребує свого розв'язання в процесі розслідування, має відокремлений характер різного ступеня, передбачає використання різноманітних засобів, вирішення яких за задумом слідчого дозволить йому успішно провести розслідування (С.Ф. Здоровко);

– це один із компонентів системи завдань, вирішення яких за задумом слідчого дозволить йому успішно провести розслідування (В.І. Шиканов);

– це зумовлена правовими, часовими або ситуаційними чинниками конкретна проміжна мета розслідування, яку необхідно досягти шляхом застосування криміналістичних засобів, прийомів і методів (Р.Л. Степанюк);

– це частина процесу розслідування, що відображає співвідношення між ситуацією розслідування і тактичною метою та визначає спосіб дії. У його структурі метою є встановлення правової або проміжної мети розслідування; умова (відоме) – ситуація розслідування; шукане (невідоме) – окрема система доказів (В.Є. Корноухов);

– це ситуаційно зумовлена проблема, яка потребує свого вирішення у процесі розслідування та судового провадження, обумовлена предметом доказування і потребує застосування тактичних засобів (В.М. Шевчук).

Така інтерпретація тактичного завдання як *проблеми, яка потребує свого вирішення,* по-перше, фактично ототожнює його із самою слідчою ситуацією, яка потребує певного керуючого впливу (зміни) і вирішення, і, як наслідок, по-друге, за такого розуміння тактичного завдання його змістом охоплюється очевидно лише сама постановка (уяснення) проблеми (тобто «тактичне завдання» – це перш за все уяснення, зрозуміння, у чому ж полягає (має полягати) це завдання.

Як вбачається, тактичне завдання – це наперед визначена на основі аналізу слідчої (судової) ситуації проміжна *мета* діяльності (доказування). Така інтерпретація тактичного завдання, по-перше, узгоджується із загальноприйнятим розумінням терміну «завдання» як мети діяльності, керівництва до дії, виконання доручення, того, що хочуть зробити (Великий тлумачний словник української мови за ред. В.Т. Бусела). По-друге, як відомо, тактичне завдання є етапом структури процесу прийняття тактичного рішення. Обумовлене предметом доказування, тактичне завдання випливає із невідповідності між метою доказування і реальною слідчою ситуацією. Функція тактичного завдання полягає у цілеспрямованості процесу перетворення реальної слідчої ситуації з тим, щоб наблизити її до поставленої перед процесом доказування мети – встановлення предмета доказування. Вирішення цього завдання ставить знак «дорівнює» між метою доказування і перетвореною слідчою ситуацією. На цьому процес доказування завершується (якщо досягнута мета була кінцевою). Тому тактичне завдання – це визначена мета тактичного впливу на слідчу ситуацію в цілому чи окремі її елементи, а не проблема. Проблемою, звичайно, хіба що є сам процес визначення тактичного завдання, а коли воно уже визначене – постає наступна в ієрархії процесу прийняття тактичного рішення проблема – це визначення засобів впливу, виконавців, послідовності, розподілу функцій тощо. Зрештою, на с. 23 автореферату, коли В.М. Шевчук виокремлює конкретні тактичні завдання відповідно до етапу кримінального провадження, то з їх формулювання (нклад, а про встановлення характеру події кримінального правопорушення, … встановлення свідків, … вивчення особи підозрюваного) таки випливає, що тактичне завдання – це визначена мета доказової діяльності, а проблемою залишається вибір і спосіб реалізації тих чи інших засобів доказування для досягнення цієї мети.

При цьому вказаний автор (В.М. Шевчук), нажаль, очевидно не вбачає істотної відмінності між словосполученнями, використовуваними ним для побудови

дефініції «тактичного завдання», так у однойменній монографії після вище проаналізованого визначення продовжує: «Іншими словами, під тактичним завданням слід розуміти ситуаційно зумовлену, проміжну мету кримінального провадження, досягнення якої пов'язане із застосуванням тактичних засобів (тактичних прийомів, тактичних комбінацій, тактики слідчих дій, тактичних операцій та ін.)».

Як видно, у криміналістичній тактиці і методиці потрібно зокрема піддати ґрунтовному аналізу співвідношення понять і дефініцій що їх визначають таких категорій як «криміналістична (слідча) ситуація», «тактичне завдання», «тактичне рішення», «алгоритм розслідування» і дійти до консолідованого їх розуміння, оскільки плюралізм думок і підходів у цій сфері більше шкодить, ніж допомагає розробникам конкретних проблематик, пов'язаних із цими науковими категоріями, відволікаючи увагу від сутності досліджуваних ними явищ до їх теоретичної оболонки.

ПЕРСПЕКТИВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ

І. Когутич

Львівський національний університет імені Івана Франка

Необхідність у розробці нових, нетрадиційних напрямів розвитку криміналістики зумовлена істотними змінами, що, нажаль, неуникно відбуваються в структурі, динаміці, тенденціях сучасної злочинності, удосконаленням відомих і появою нових видів злочинів, способів їх вчинення і приховування. Всі ці та багато інших схожих процесів закономірно обумовлюють потребу пошуку й залучення до кримінального провадження об'єктів, які традиційно, наразі, не фігурують в офіційній, передусім, науково – доктринальній та законодавчій сферах. Саме тому існує нагальна потреба в подальшому удосконаленні теорії і практики використання криміналістичних знань у протидії злочинності. У практичному аспекті мова йде про суттєве наповнення системи криміналістичних методів і засобів цієї протидії, зокрема: криміналістичною поліграфологією, гіпологією, гомологією, хронобіологією (біоритмологією), психолінгвістикою, кадаврологією, психологічною індикацією та криміналістичним наркоаналізом тощо.

Що ж до доктринальних аспектів, то розвиток загальної теорії криміналістики обумовлений, передусім, сучасними уявленнями про синтетичну природу науки і, відповідно, містить: подальше вивчення закономірностей, що становлять її предмет (передусім, закономірності механізму злочину); векторні рухи криміналістично значущої інформації (і в зв'язку з цим можливості нових інформаційних технологій); розвиток методологічних основ криміналістики (вивчення можливостей інтеграції в криміналістику нових наукових методів і розробка на їх основі криміналістичних методик); вдосконалення кри-

© Когутич І., 2014

міналістичної систематики і уніфікація мови науки на основі інтеграції в неї комп'ютерних технологій; поповнення системи окремих криміналістичних теорій новими вченнями – результатами творчого використання криміналістикою досягнень фундаментальних і прикладних наук.

Зміна погляду на природу криміналістики безпосередньо впливає на тенденції розвитку, передусім, криміналістичної техніки. Якщо вважати криміналістику винятково юридичною наукою (так, зокрема, міркував М.П. Яблоков «…вона використовує і пристосовує у своїх цілях досягнення сучасних природничих і технічних наук…»), то вона використовує лише вже готові технічні новації та розробки. Зрозуміло, що цей підхід формує споживче і поверхневе ставлення до нових технологій. Тобто, неюридичну матерію для кримінального провадження повинен розробляти хтось інший. А криміналісти – тільки використати… Однак, вже давно минули часи, коли можна було просто черпати технічні рішення з «великої» науки. Як наслідок, у багатьох дослідженнях з техніко - криміналістичної тематики проблеми лише озвучуються, обґрунтовується актуальність їх розробки, але зрідка розробляються конкретні методики їх вирішення (винятками є праці про судові експертизи вузько методичного характеру). А це, своєю чергою, призводить до курйозу: технічна оснащеність зростає, а розкриваність злочинів – ні.

Спроби включення в криміналістичну техніку нових розділів зазвичай породжують бурхливу дискусію: чи є цей напрям криміналістичним, чи ні? Причому основним критерієм розмежування вважається домінуюча роль криміналістичних методів. Стверджується, що якщо криміналістика - наука юридична, то розділи, де переважають природничонаукові методи, в неї включати не можна. Проте цей поділ у значній мірі є штучним.

Іншим критерієм є традиція, історичний аспект. Одні напрями традиційно включалися з криміналістичну техніку, наприклад техніко-криміналістичне дослідження документів, а інші – ні (наприклад дослідження наркотичних речовин, хоча в них, як відомо, можуть використовуватися ті ж методи і методики що й у технічному дослідженні документів).

Безумовно, криміналістична техніка не безмежна. Нові розділи, щоб бути включеними в неї, повинні реально існувати. А механічне додавання слова «криміналістична» до якого-небудь розділу науки ще не означає, що такий напрям вже є.

За якими ж критеріями можна міркувати про те, чи сформувався новий напрям криміналістичної техніки? Видається, що головними в цьому діагностуванні є три чинники: 1) реальне вирішення специфічних криміналістичних завдань, які не ставляться під час досліджень схожих об'єктів в інших сферах людської діяльності; 2) специфіка безпосередніх об'єктів дослідження, передусім їх закономірна просторово – часова поширеність; 3) методологічна і методична розробленість цього напряму.

Наразі цим критеріям відповідають наступні, так звані, нові складові криміналістичної техніки: криміналістична фоноскопія (методика дослідження звукових слідів людини і їх криміналістичне значення, акустичний і лінгвістичний аналіз усної мови; вирішення діагностичних і ідентифікаційних завдань, що дозволяються отримувати відповідного характеру (виду) криміналі-

стично значущу розшукову і доказову інформація); криміналістична одорологія (дозволяє аналізувати сліди запаху, містить правила відбору проб і прийоми одорологічного ідентифікування за допомогою собак – біодетекторів і рекомендації із використання результатів дослідження в розкритті злочинів); криміналістичне дослідження речовин і матеріалів (вивчення як макро-, так і мікрокількості найпоширеніших в слідчій практиці речовин і матеріалів: наркотичних речовин і лікарських засобів, лакофарбних покриттів, металів і сплавів, волокон, нафтопродуктів і паливно-мастильних матеріалів тощо).

Безумовно, і надалі відбуватиметься поповнення цього переліку. Передусім, за рахунок розвитку вже існуючих напрямів криміналістичної техніки, а також, як вже було зазначено, за рахунок розширення арсеналу нових методів і засобів збирання і дослідження доказів у кримінальному провадженні.

Тенденції розвитку криміналістичної тактики полягатимуть, як видається у наступному.

1. Триватиме подальше теоретичне уточнення змісту криміналістичної тактики (відповідно до сучасних уявлень про природу криміналістики), її меж, зв'язків з іншими сферами наукового знання.

2. Відбуватиметься поглиблена розробка особливостей криміналістичних ситуацій з використанням сучасних інформаційних технологій.

3. Виступаючи підсистемою криміналістики, криміналістична тактика зазнає змін, пов'язаних з розширенням можливостей попередніх і експертних досліджень, а також розробкою науково обґрунтованих рекомендацій у цьому напрямі.

4. У зв'язку з інтенсивною розробкою наукових основ оперативно-розшукової діяльності, запровадженням у кримінальне провадження негласних слідчих (розшукових) дій усе більш актуальнішою стає проблема встановлення (або локалізація) меж між криміналістичною і оперативно-розшуковою тактикою.

5. Матиме місце подальша «технізація» і «психологізація» криміналістичної тактики, т. б. перспективною є тенденція до використання точних експериментальних методів природних, технічних, економічних наук і судової психології (вдосконалення психологічних основ слідства, розробка різних варіантів лінії поведінки слідчого, оперативного співробітника, прокурора – процесуального керівника і судді в процесі доказування).

6. Одним із напрямів є використання: математичної логіки – для оптимізації виконання конкретної слідчої дії; теорії інформації – для вивчення процесів виникнення і передачі інформації, розробки нових ефективних тактичних прийомів допиту та інших слідчих (розшукових) дій.

7. Продовжуватиметься вдосконалення існуючих і розробка нових тактичних прийомів і типових тактичних комбінацій. Це обумовлено безперервним вдосконаленням практики протидії злочинності, а також впливом на тактику інших розділів криміналістики або інших наук. Необхідність в нових тактичних прийомах виникає ще і як результат відповідних змін процесуального законодавства.

8. Триватиме детальна і системна розробка тактики судового провадження, оскільки рекомендації криміналістики можуть бути з успіхом використані у ході судового розгляду кримінальних справ (судом, прокурором – об-

винувачем, адвокатом – захисником) для дослідження і оцінки наявних і збирання нових доказів.

9. Набере обертів розробка шляхів і форм використання рекомендацій криміналістичної тактики в цивільному, господарському, адміністративному судовому провадженні, а також в інших видах юрисдикційної та правозастосовної діяльності, де виникає потреба у прийнятті правових рішень. Передусім, це стосується рекомендацій стосовно отримання і перевірки вербальної інформації і тактичних прийомів, пов'язаних із застосуванням технікокриміналістичних засобів і методів.

Тенденції розвитку криміналістичної методики обумовлені, принаймні, двома чинниками: тенденцією розширення меж використання криміналістичних знань і змінами кримінального законодавства.

Перший чинник породжує потребу повноцінної розробки двох складових криміналістичної методики: методики розслідування окремих видів (груп) злочинів та методики судового розгляду окремих категорій кримінальних справ з її диференціацією на методику суду, методику захисту і методику підтримання державного обвинувачення у кримінальних справах.

Динаміка ж змін і доповнень Кримінального кодексу вимагає коригування існуючих і розробки нових методик розслідування і судового розгляду окремих видів злочинів.

Перспективним видається використання інформаційних і, зокрема, комп'ютерних технологій, як інструментарію інформатизації та алгоритмізації безпосереднього процесу розслідування злочину та судового розгляду кримінальних справ.

КОГО РОЗУМІЄ КПК УКРАЇНИ ПІД ВОЛОДІЛЬЦЕМ РЕЧЕЙ ТА ДОКУМЕНТІВ У ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ІНСТИТУТІ «ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО РЕЧЕЙ ТА ДОКУМЕНТІВ»?

Б. Куспись

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правильне розуміння понять, якими оперує Закон, має значення для ефективної та послідовної реалізації його положень під час правозастосування. Необхідність розуміння законодавчої термінології набуває особливого значення у випадках її використання у нових правових інститутах. У Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) новим та водночас нетиповим процесуальним інститутом є «тимчасовий доступ до речей та документів» (Глава 15 КПК України).

© Куспись Б., 2014

В межах процесуального інституту тимчасового доступу до речей та документів нагальною потребою у з'ясуванні підлягає поняття «володілець речей та документів», а саме кого КПК України розуміє під цим словосполученням. З'ясування законодавчого значення цього поняття може допомогти дати відповідь на питання: до речей та документів яких осіб слідчий суддя чи суд можуть надати сторонам кримінального провадження тимчасовий доступ? Зокрема, КПК України передбачає можливість надання тимчасового доступу лише до речей та документів осіб, які є їх власниками, чи все ж йде мова про можливість надання доступу до речей та документів будь – якої особи, у якої вони фактично знаходяться?

У главі 15 КПК України «Тимчасовий доступ до речей та документів» для позначення особи, до речей та документів якої може бути наданий тимчасовий доступ, вживаються два словосполучення: «володілець речей та документів» та «особа, у володінні якої знаходяться речі та документи». Не виникає жодного сумніву, що в межах Глави 15 КПК України обидва словосполучення позначають одну й ту ж особу – володільця речей та документів.

У КПК України не має процесуальної норми – дефініції, яка б визначала зміст поняття «володілець речей та документів». Однак, у ч. 2 ст. 3 КПК України вказано, що інші терміни, що вживаються у цьому Кодексі, визначаються спеціальними нормами у цьому Кодексі та іншими законами України. Таким чином законодавець не ставив перед собою мети визначити у тексті КПК України усі поняття, які у ньому використовуються, а обмежився, як про це можна стверднти проаналізувавши ст. 3 КПК України, лише ключовими із них. Усі інші поняття за логікою законодавця повинні визначатись або у тексті Кодексу окремими процесуальними нормами, або ж іншими Законами України. Такий законодавчий підхід заслуговує уваги, адже нагромаджувати Кодекс поняттями, які мають різногалузеве значення, тобто вживаються і в інших галузях права, видається зайвим, а можливо в деяких випадках і шкідливим. З цього приводу вдалу думку висловив О.С. Гемай. Зокрема, останній вказав, що оскільки дефінітивні норми мають високий рівень узагальнення й через це є загальнообов'язковими для всіх суб'єктів кримінального процесу, то цілком логічним стає положення про те, що в цих нормах слід визначати основні поняття, без яких процес неможливий як явище.

«Іншого Закону», про який говорить ч. 2 ст. 3 КПК України та який повинен був би визначити поняття «володілець речей та документів» парламентом не прийнято. У зв'язку із цим з'ясування поняття «володілець речей та документів» видається можливим через призму понять «володілець», «власник» та «володіння», а також шляхом з'ясування його лексичного значення.

У тлумачному словнику української мови слово «володілець» ототожнюється із словом «власник». У зв'язку із цим на лексичному рівні між цими словами можна поставити знак рівності. Але чи ототожнює їх КПК України?

Словосполучення «володілець речей та документів» вказує на першочергову приналежність до сфери цивільного права. У зв'язку із цим з'ясування за-

конодавчого розуміння цього поняття видається найбільш доцільним через призму цивільного законодавства України. Зокрема, Цивільного кодексу України (далі – ЦК України).

Проаналізувавши ЦК України, можна помітити, що останній поряд із поняттям «власник», використовує слово «володілець», але, нажаль, Кодекс не розкриває зміст ні першого, ні другого. У свою чергу, аналіз положень ЦК України дає можливість з'ясувати законодавче визначення поняття «володілець» через поняття «володіння». Так, під останнім у Цивільному праві України розуміється як одна із тріади правомочностей власника (володіння, користування, розпорядження), а також як самостійний цивільно-правовий інститут (речове право на чуже майно).

Під володінням, як складової тріади права власності розуміють юридичну можливість господарського впливу особи на річ. При цьому фактичне перебування речі в особи значення немає. Таким чином у цьому випадку особа, яка володіє річчю у юридичному розумінні виступає його власником, а не володільцем. У другому значенні поняття «володіння» розглядається як фактичний стан, при якому особа має певну річ чи майно (тримає їх у себе), здійснює фактичне чи господарське панування над ними, але права на них може і не мати. Таким чином, володіння може бути як законним (найм, користування, сервітут), так і незаконним (крадіжка).

Аналіз ЦК України дає можливість ствердити, що поняття «володілець» та «власник» не є тотожними. У зв'язку із залишається запитання у якому значенні КПК України розглядає поняття «володілець речей та документів»: у вузькому – «власник», чи у більш широкому – «володілець»?

Видається, що у процесуальному інституті тимчасового доступу до речей та документів законодавче поняття «володілець речей та документів» наближено відповідає значенню поняття «володілець», яке закладено у ЦК України. Тобто для Глави 15 КПК України не має значення чи особа, щодо речей та документів якої вирішується питання про надання тимчасового доступу, є їх власником чи ні. Такого висновку можна дійти і шляхом аналізу вимоги, які ставляться до клопотання про надання тимчасового доступу до речей та документів. Зокрема, у п. 4 ч. 2 ст. 160 КПК України вказується, що у клопотанні зазначаються підстави з яких сторона кримінального провадження вважає, що речі та документи перебувають або можуть перебувати у *володінні* відповідної фізичної чи юридичної особи. Таким чином, під час вирішення питання про надання тимчасового доступу до речей та документів законодавець не ставив мети з'ясовувати чи є особа власником речей та документів, до яких сторони кримінального провадження просять надати тимчасовий доступ, а передбачив лише вимогу довести, що ці речі та документи перебувають або можуть перебувати саме у цієї особи.

Отже, Глава 15 КПК України поняття «володілець речей та документів» розглядає у широку значенні. Тобто, володільцем речей та документів є особа у фактичному володінні якої знаходяться ці речі та документи в незалежності від наявності чи відсутності у неї права власності на них.

ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ ДІЯННЯ, ЯК ПІДСТАВА ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СУДОМ

Х. Лепка

Львівський національний університет імені Івана Франка

Новелою нового Кримінального процесуального кодексу України є визначення однією із підстав закриття кримінального провадження – набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

Відомо, що вчинення діяння, яке не відповідало правовій нормі, що існувала раніше, чи суперечило б правовій нормі, яка з'явилась потім, ні за яких обставин не може визнаватися правопорушенням, оскільки на час свого вчинення таке діяння не було неправомірним і не тягло за собою юридичної відповідальності. Воно і не могло потягнути її. Адже у такому разі відсутні правові підстави для цього: відсутній об'єкт протиправного посягання (порушені суспільні відносини не знаходяться під захистом закону), його об'єктивна сторона (діяння не суперечить нормі права) тощо.

Крім права не нести відповідальність за діяння, які на час їх вчинення не визначалися законом як правопорушення, статтею 58 Конституції України громадянам надано право на пом'якшення або скасування відповідальності у разі набрання чинності відповідними законами та іншими нормативно-правовими актами. Зазначений принцип, крім Основного Закону України, закріплено і в інших законодавчих актах: Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакту про громадянські та політичні права, Європейській конвенції з прав людини тощо.

Із введенням у дію Кримінального кодексу України 2001 року значну кількість кримінально-караних діянь було декриміналізовано. У Прикінцевих та Перехідних положень КК України обумовлено закриття всіх кримінальних справ щодо осіб, які вчинили злочини, передбачені КК України 1960 року, що перелічені в п. 1 цього розділу та встановлено, що закриття кримінальних справ щодо осіб, які вчинили декриміналізовані діяння і справи стосовно яких перебувають у провадженні судів, органів досудового слідства чи дізнання, здійснюється судом.

Проте, у КПК України 1960 року не було регламентовано порядку закриття кримінального провадження у справі у випадку декриміналізації діяння, що призводило до не завжди правильного трактування та відповідно застосування норм кримінального права. Так, органи досудового слідства та місцеві суди, закриваючи кримінальні справи помилково посилались на ст. 7 КПК України 1960 року (зміна обстановки), оскільки вчинене діяння втратило суспільну небезпечність у зв'язку з декриміналізацією.

Видавалося б, що із прийняттям нового КПК України, визначено набрання чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою як підставу закриття кримінального провадження, то не повинно було б виникати помилкового трактування та застосування такої норми.

© Лепка Х., 2014

У пункті 2 частини 3 статті 314 КПК України 2012 року передбачено, що суд у підготовчому судовому засіданні має право закрити провадження з цієї підстави.

Проте, законодавцем не встановлено окремого чіткого порядку вирішення цього питання.

Таку підставу для закриття провадження суддя зможе з'ясувати при оцінці ним закону про кримінальну відповідальність, за яким злочинність діяння, вчинене обвинуваченим, на предмет його чинності.

Разом з тим, вважаємо, що такій оцінці має передувати встановлення судом саме події кримінального правопорушення, наявності в діянні обвинуваченого саме того складу кримінального правопорушення, яке інкриміноване обвинуваченому органами досудового розслідування, та причетності останнього до його вчинення.

З таких підстав вважаємо, що закриття судом кримінального провадження на стадії підготовчого провадження, суперечитиме як завданню кримінального судочинства, а саме: забезпечення правильного застосування кримінального процесуального закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний; так і завданню підготовчого судового засідання.

А тому, враховуючи те, що на стадії підготовчого провадження суд обмежений встановленим процесуальним порядком дій, тобто не зможе з'ясувати на цій стадії подію і склад злочину, то закриття кримінального провадження з такої підстави можливе лише за наслідками судового розгляду справи, тобто після встановлення обставин справи та підтвердження таких як матеріалами справи, так й іншими доказами у справі.

Окрім цього, законодавцем не визначено за чиєю ініціативою суд може розглядати питання закриття провадження з описаної підстави. Вважаємо, що таке клопотання може бути заявлене як стороною захисту, так і стороною обвинувачення. Окрім цього, на виконанні основних принципів кримінального судочинства та завдань суду, вважаємо, що кримінальне провадження може бути закрите й за ініціативою суду.

Декриміналізація є явищем постійним. Так із плином часу, розвитком технологій та прогресом суспільства одні діяння набувають ознак протиправних та визнаються кримінально-караними, а інші – навпаки, втрачають свою суспільну небезпечність.

Поряд з цим, законодавцем не врегульовано як повинен діяти суд у випадку набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність під час судового розгляду. Проте, на нашу думку, така ситуація є ідеальною, оскільки саме на стадії судового розгляду суд може належним чином встановити та дати оцінку всім обставинам справи.

Варто зазначити й те, що у науковій літературі дискусійним залишається питання до якого виду підстав реабілітуючих чи нереабілітуючих відноситься вказана підстава. Ряд науковців, зокрема Маляренко В.Т., Баулін Ю.В., Крет Г.Р., вважають, що декриміналізація діяння є нереабілітуючою підставою, оскільки у випадку декриміналізації діяння підлягає застосуванню правило про зворотню дію в часі кримінального закону, який скасовує злочинність діяння (ч. 1 ст. 5 КК України), втрата суспільної небезпечності злочину внаслідок декриміналізації

абсолютно не означає відсутності підстави кримінальної відповідальності, так як на момент вчинення діяння містило склад злочину, було підставою для кримінальної відповідальності.

Професор Письменний Д.П. вказує, що таку підставу слід вважати реабілітуючою.

Тривалий час таке питання залишалось спірним й у Російській Федерації. Конституційний суд Російської Федерації у своєму рішенні від 05.11.2004 року №361-О зазначив, що виключення статті із Кримінального кодексу не перешкоджає суду розглядати справу по суті та вирішувати питання про право особи на реабілітацію. Проте, дискусії з цього приводу не припинились, покликаючись на даремне витрачання процесуального часу та державних коштів.

На нашу думку, у випадку декриміналізації, діяння перестає бути суспільно-небезпечним, таке визнається правомірним, кримінальна відповідальність за таке, відповідно, виключається, а особа, яка вчинила таке діяння, в свою чергу, вважається такою, що не вчинила злочин. З таких підстав, набрання чинності законом, яким скасовано кримінальну відповідальність за діяння, вчинене особою слід вважати реабілітуючою підставою закриття кримінального провадження.

Варто зазначити й те, що після вступу в законну силу нового Кримінального процесуального кодексу України за жодне з кримінально-караних діянь, не було скасовано кримінальну відповідальність. А відтак, на практиці ще не було випадків закриття кримінального провадження на підставі набрання чинності закону, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

В. Луцик

Львівський національний університет імені Івана Франка

Установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу полягає в застосуванні технічного обладнання для локалізації місцезнаходження радіоелектронного засобу, у тому числі мобільного терміналу, систем зв'язку та інших радіовипромінювальних пристроїв, активованих у мережах операторів рухомого (мобільного) зв'язку, без розкриття змісту повідомлень, що передаються, якщо в результаті його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження.

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про радіочастотний ресурс України» радіоелектронний засіб, це технічний засіб, призначений для передавання та/або приймання радіосигналів радіослужбами. До радіоелектронних засобів належать мобільні термінали систем зв'язку та інші радіовипромінювальні пристрої, активовані у мережах операторів рухомого (мобільного) зв'язку, тобто мобільного телефо-

© Луцик В., 2014

ну, GSM, UMTS, HSDPA, WiMAX, LTE модемів, що забезпечують бездротовий доступ до мережі Інтернет та інших радіовипромінювальних пристроїв, активованих у мережах операторів рухомого (мобільного) зв'язку тощо.

У відповідності з технічними вимогами виробники портативних абонентських засобів рухомого радіоелектронного зв'язку обладнують стільникові телефонні апарати при їх виготовленні спеціальним засобом ідентифікації. У стільникових телефонних апаратах, що використовуються в мережах зв'язку стандарту GSM, таким є унікальний код (індивідуальний номер телефону) – IMEI (International Mobile Equipment Identifier) – міжнародний ідентифікатор мобільного устаткування, який становить собою числове позначення, яке складається з комбінації 15 цифр. Він вказується виробником на корпусі мобільного телефонного апарату під акумуляторною батареєю, а також на пакувальній коробці телефону під штрих-кодом.

Код IMEI відображається виробником і у програмному забезпеченні кожного стільникового телефонного апарату, за допомогою якого він в автоматичному режимі передається на технічні засоби оператора зв'язку при кожному підключенні даного телефонного апарата в мережу.

Модель, серійний та ідентифікаційний номери телефону (IMEI) вказуються продавцем в гарантійному талоні при придбанні нового стільникового телефонного апарата в салонах зв'язку і передаються покупцеві. Відповідно до п. 1.7 Порядку реалізації в Україні радіоелектронних засобів та випромінювальних пристроїв не дозволяється на території України реалізація терміналів, міжнародні коди ідентифікації (код IMEI) яких відсутні в узагальненій базі даних кодів IMEI терміналів.

Складовим елементом будь-якого стільникового телефону стандарту GSM є SIM-карта (Subscriber Identification Module) – модуль ідентифікації абонента. Даний модуль становить собою мікрокомп'ютер у вигляді пластикової картки з незалежною пам'яттю і власним мікропроцесором, та слугує для забезпечення доступу до інформації, що зберігається в пам'яті і функції безпеки. SIM-карта встановлюється в SIM-тримач стільникового телефону, який в сучасних стільникових телефонах звичайно розташовується під акумуляторною батареєю. Основна функція SIM-карти – зберігання ідентифікаційної інформації про акаунт, що дозволяє абоненту міняти стільникові апарати, не змінюючи при цьому свого облікового запису. SIM-карта призначена для ідентифікації абонента в мережі стільникового зв'язку. На SIM-карті міститься важлива інформація: ідентифікаційний GSM-номер абонента, пароль блокування клавіатури (PIN-код) та код розблокування (PUK-код), записна книжка. SIM-карта може також зберігати додаткову інформацію: телефонну книжку абонента, списки вхідних/вихідних телефонних номерів, текст SMS-повідомлень. Крім того, SIM-карта містить мікросхему пам'яті, яка підтримує шифрування.

При увімкненні в мобільну мережу номер SIM-карти, так само як і номер IMEI, в автоматичному режимі передається на технічні засоби оператора зв'язку. Номер SIM-карти призначений для ідентифікації в мережі абонента, номер IMEI – телефонного апарату. Оскільки ці номери визначаються в мережі одночасно і у взаємозв'язку один з одним, то за номером IMEI телефонного апарата можна визначити номер SIM-карти, з яким даний телефон використову-

ється. Це необхідно у випадку, коли новий користувач викраденого телефонного апарату, передбачаючи можливість блокування оператором зв'язку за заявою потерпілого SIM-карти, встановленої на викраденому телефоні, замінив SIM-карту і використовує телефон з новою SIM-картою, що зазвичай і відбувається при викраденні мобільних телефонів.

Технічні та програмні засоби операторів стільникового зв'язку дозволяють за номером IMEI телефонного апарату не тільки визначити номер SIM-карти, з яким даний телефонний апарат використовується в певний момент часу, та отримувати інформацію про абонента, зареєстрованого в мережі під цим номером, але і локалізувати місцезнаходження телефонного апарату з точністю до півсотні метрів, якщо тільки телефонний апарат знаходиться у включеному стані.

Можливість локалізації місцезнаходження телефонного апарату визначається тим, що операторами стільникового зв'язку використовується автоматизована система обліку наданих послуг, їх тарифікації та виставлення рахунків для оплати – білінг. Під білінгом, в кримінально-процесуальному значенні, розуміється інформація про номери телефонів, часу з'єднання, тривалості розмови, місцезнаходження абонента в момент розмови або іншими словами відомості про дату, час, тривалість з'єднань між абонентами і (або) абонентськими пристроями (для користувача обладнання), номери абонентів, інші даних, що дозволяють ідентифікувати абонентів, а також відомості про номери пристроїв і місцерозташування приємопередаючих базових станцій. В основі цієї системи лежать певні принципи функціонування мереж зв'язку. Зміст її полягає в тому, що оператор зв'язку визначає за сигналом телефону і потужністю такого сигналу антену стільникового зв'язку, на яку йде прийом-передача, що дозволяє проводити пошук викрадених телефонних апаратів, встановити місцезнаходження свідків і підозрюваних у конкретний час з метою перевірки їх показань, встановити місцезнаходження осіб, які переховуються від органів досудового розслідування і т.п.

ОСОБЛИВОСТІ ДОПИТУ В СУДІ МАЛОЛІТНЬОЇ АБО НЕПОВНОЛІТНЬОЇ ОСОБИ

Н. Максимишин

Львівський національний університет імені Івана Франка

Допит неповнолітніх є одним із різновидів допиту, особливість та специфіка якого обумовлена як процесуальними, так і віковими особливостями, своєрідністю психології, що притаманна їх віку, інтелектуальному розвитку, соціальній сфері.

Розглядаючи особливості судового допиту малолітніх свідків та потерпілих, перш за все слід звернути увагу на встановлену законом обов'язкову участь законного представника, педагога чи психолога під час допиту малолітнього свідка чи потерпілого. У разі необхідності до участі у допиті може також бути

© Максимишин Н., 2014

залучений лікар – спеціаліст з дитячої або підліткової психології, в окремих випадках і лікар-психіатр, що наглядає за малолітнім свідком чи потерпілим. Питання про участь законного представника, педагога чи психолога, лікаря у допиті неповнолітнього свідка чи потерпілого вирішується за розсудом суду.

Педагог, психолог допомагають суду створити обстановку, найбільш сприятливу для дачі неповнолітнім правдивих показань, можуть підказати найкращу послідовність та як сформулювати запитання в найбільш доступній формі для цієї вікової категорії, слідкують за їх фізичним та психічним станом, а також, що найбільш важливо, сприяють встановленню психологічного контакту між малолітнім або неповнолітнім свідком чи потерпілим з особою яка його допитує.

Допит неповнолітнього обумовлений віковими особливостями, притаманними дитячій та юнацькій психології. В.Е. Коновалова класифікує неповнолітніх за такими групами: а) дитячий вік (немовлята) – до одного року; б) раннє дитинство – від одного року до трьох; в) дошкільний вік – від трьох до семи років; г) молодший шкільний – від семи до одинадцяти років; д) підростковий вік – від одинадцяти до п'ятнадцяти років; е) старший шкільний вік – до вісімнадцяти років.

Під час допиту неповнолітнього необхідно враховувати вікові особливості допитуваного, а також детально дослідити особу неповнолітнього, його психічні особливості, поведінку з матеріалів досудового розслідування. Особливу увагу необхідно приділяти такій категорії неповнолітніх як молодший шкільний вік. Діти віком 7–8 років ще не здатні все побачене щодо досліджуваної події всебічно охопити та змістовно згодом описати. Отож, у структурі їх допиту, зазвичай, немає етапу вільної розповіді. Виконують такий допит у формі запитань – відповідей.

Усім відома і характерна для дітей цього віку здатність до фантазування, емоційного перебільшення побаченого. Не розуміючи або спрощено розуміючи соціальне значення сприйнятого, а також те про що треба говорити під час публічного судового допиту, дитина може твердо, впевнено та переконливо відповідати на важливі для справи запитання, проте її відповіді будуть неправдивими або насиченими фантазіями. Це все безперечно створює певні труднощі в одержанні від них показань. Часто вигадані образи (події) виглядають настільки переконливо, що потребують окремих судово-слідчих дій для встановлення фактів, про які повідомляє допитуваний.

Під час допиту цієї категорії неповнолітніх допитуваному вкрай уважно необхідно формулювати запитання, їх варто ставити так, щоб вони не мали уточнюючий, деталізуючий характер і не містили підказки чи прихованої відповіді.

Наступні вікові групи, від одинадцяти до п'ятнадцяти та від п'ятнадцяти до вісімнадцяти років, об'єктивно можна назвати найскладнішими. Прагнення підлітків до незалежності, самостійності в прийнятті рішень, впертість, самовпевненість, негативізм, заперечення загальноприйнятих правил, чужих авторитетів. У цієї групи неповнолітніх простежується таке почуття як самолюбство, як наслідок помилкове уявлення про свою соціальну значимість і незалежність. Окремі з них відрізняються особливою незахищеністю, не правильною оцінкою ставлення оточуючих та у всьому бачать прагнення останніх принизити чи образити їх.

Неповнолітні – підлітки, також діти старшого шкільного віку болісно сприймають допити під час яких необхідно давати свідчення про своїх друзів, через не правильне розуміння «святості» дружби.

Однак психіка неповнолітніх цієї вікової групи часто буває не стійкою, часто простежується неадекватна поведінка під час допиту у конфліктній ситуації в суді, в психології цю групу виділяють як «трагічний вік».

Неповнолітньому свідку чи потерпілому варто перш за все запропонувати розповісти про себе, потім, як рекомендує Л.Е. Ароцкер, можна поставити декілька відволікаючих запитань для того, щоб допомогти неповнолітньому адаптуватись до обстановки. При допиті неповнолітніх свідків чи потерпілих важливо здобути прихильність останніх, необхідно створити невимушену атмосферу і лише тоді розпочинати допит.

Ефективність допиту неповнолітніх багато в чому залежить від вміння допитуючої особи правильно використовувати їх психологічні особливості. Так, спілкування з сором'язливими дітьми не слід починати прямо звертаючись до них. Таким дітям, зазвичай необхідно більше часу, щоб пристосуватися до обстановки, а також до присутності незнайомих людей. Тому, як радить М.М. Коченов та Н.Р. Осипова, таку розмову більш доцільно починати не з дитиною, а про дитину з законним представником, педагогом, психологом, поступово залучаючи до розмови і саму дитину.

Допит осіб дошкільного віку від 3 до 7 років має місце лише в окремих випадках, особливо у ситуаціях щодо відсутності доказів, що вказують на особу злочинця. На думку М.С. Строговича малолітні свідки є досить спостережливі та у більшості випадків повідомляють такі деталі на які дорослий міг не звернути увагу. Для допиту осіб названої категорії потрібна ретельна підготовка, проведення консультацій з педагогом, психологом та лікарем з приводу фізіологічного і психологічного розвитку дитини для встановлення психологічного контакту.

Допит малолітнього у суді повинен проходити в спокійній обстановці, та відбуватись у дещо спрощеній «ігровій формі» і, за змогою, на його лексиконі. Допит необхідно проводити таким способом, щоб не травмувати психіку неповнолітнього, акцентувати увагу на питаннях щодо вчинення злочину, але даючи можливість допитуваному вільно розказати всі обставини, що йому відомі.

Як зазначають М.М. Коченов та Н.Р. Осипова, при правильній організації та проведенні допиту малолітніх свідків та потерпілих від них можуть бути отримані цілком надійні, достатньо повні та точні показання. Безсумнівно допит малолітньої чи неповнолітньої особи потребує використання особливих тактичних прийомів, які формуються з урахуванням загальних положень тактики допиту, однак в кожному окремому випадку ці загальні тактичні прийоми повинні доповнюватися і корегуватися відповідно до вікових особливостей даної категорії допитуваних. Слід погодитися з Л.Ю. Ароцкер, що вже найменше порушення тактики допиту такого свідка чи потерпілого зі сторони суду чи інших учасників судового провадження може призвести до помилковості їх показань. Особливо обережно і уважно, як доцільно зазначив Є.Е. Центров, необхідно оцінювати показання неповнолітніх осіб, що отримані у великому часовому проміжку з подією злочину, так

як в цей період за рахунок уяви, фантазії та під впливом розмов, чуток відбувається доповнення реальної картини злочинного посягання.

Справді, у результаті значного часового проміжку між подією посягання та судовим розглядом може проявлятися схильність неповнолітнього до перебільшення, фантазування, заповнення ним прогалин у пам'яті уявними епізодами, відображення в показаннях сумнівів та підозр, які він міг почути від батьків, родичів чи інших осіб.

Влучно зазначає Є.Е. Центров, що при допиті неповнолітніх не варто використовувати повчального тону, роздратованості і різкості у ньому, спроб повчати за легковажну поведінку і порушення якихось моральних норм. Адже, така поведінка допитуючого може негативно вплинути на неповнолітнього, він може замкнутись чи збунтуватись, і зрештою це вплине на об'єктивність та достовірність його свідчень.

Неповнолітнім свідкам і потерпілим віком до 16 років головуючий роз'яснює обов'язок говорити правду, про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань та завідомо неправдиві показання вони не попереджаються і до присяги не приводяться.

Якщо є відомості про те, що допит у судовому засіданні негативно вплине на неповнолітнього чи на його показання, з метою захисту інтересів або забезпечення безпеки такого свідка закон встановлює можливість допиту неповнолітнього поза межами судового засідання, з використанням відеоконференції.

Після закінчення допиту малолітній або неповнолітній свідок чи потерпілий видаляються із залу судового засідання, крім випадків, коли за клопотанням учасників судового провадження або з ініціативи суду буде визнана необхідною його присутність на деякий час в залі судового засідання.

Важливою є попередня підготовка до судового допиту, а особливо у кримінальних провадженнях де необхідно провести допит неповнолітнього (малолітнього). Допитуючий (прокурор, адвокат, суддя) часто формулює різні схемами допиту, враховуючи вік допитуваного, середовище в якому дитина росла і виховувалася, інтелектуальний розвиток, стан здоров'я та індивідуальні особливості кожного з дітей. Однак можна виділити загальні рекомендації для допиту неповнолітніх у суді:

– необхідно бути дуже ввічливим і уважним, створити обстановку допиту найбільш сприятливу для встановлення психологічного контакту з допитуваним;

– не можна ставити навідних та демонстративних запитань. Під демонстративними питаннями розуміють такі, у формулюванні яких допитуючий демонструє впевненість, тверде переконання у деяких обставинах;

– звертати увагу на формулювання запитань, ставити їх у зрозумілій, чіткій формі, доступній для неповнолітнього. Маємо на увазі, що при постановці запитань потрібно враховувати віковий та інтелектуальний розвиток неповнолітнього, не слід ускладнювати запитання юридичною термінологією. Що потребує додаткового роз'яснення;

– критично оцінювати отриману під час судового допиту інформацію, спів ставляти її з матеріалами досудового розслідування, з метою попередження неправди, відмови від дачі показань, обмовок та само обмовок;

– роз'яснити присутньому педагогу, психологу (лікарю), що його роль полягає у допомозі особі, що веде допит, акцентувати увагу на тому, що оціночні функції не входять в його компетентність.

ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ

В. Мурадов
Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним з визначальних факторів розвитку сучасного суспільства без будь-яких сумнівів можна назвати інформаційно-комунікаційні технології. Важко переоцінити їх величезний вплив на ефективність та результативність діяльності у багатьох сферах суспільного життя. Однак поряд з позитивним ефектом такого явища, можна також констатувати й певні негативні сумнівні наслідки. Наприклад спрощення та полегшення процесів, пов'язаних із вчиненням кримінальних правопорушень та знищення або приховання їх слідів. Як відомо, саме криміналістика як наука має основне завдання та перший об'єкт – злочинну діяльність, як основу, що визначає зміст діяльності щодо судочинства. Відповідно сам процес такої діяльності реалізовуючись у об'єктивній дійсності, залишає певні сліди (матеріальні і нематеріальні), які містять інформацію про саме правопорушення, тих, хто брав у ньому участь та його наслідки. І в результаті криміналістичної діяльності такі сліди набувають процесуального статусу доказів. Необхідно враховувати особливий характер таких слідів, а саме їх специфічну природу. Це обумовлюється специфікою використання сучасних засобів зв'язку, зберігання інформації, функціонування багатьох систем обробки даних у найрізноманітніших сферах діяльності (від звичайних ігор до фінансових операцій). Отже у майбутньому такі сліди можуть набути особливого статусу, а саме статусу електронних доказів.

Останнім часом можна говорити про новий напрямок науково-практичної діяльності – інформаційні технології процесуального доказування, що виник в умовах формування інформаційного суспільства на стику правових та природничо-технічних наук. Він покликаний забезпечити ефективність правосуддя шляхом включення у процедуру його здійснення найбільш ефективних сучасних інформаційних технологій та наближення обґрунтованості правових рішень до точних наук. На розвиток цього можна навести обґрунтовану позицію К.Б. Калиновського та Т.Ю. Маркелової: «електронна інформація стала широко використовуватися у всіх галузях життя людини, в тому числі і кримінальній. Не лише злочини у сфері комп'ютерної інформації (передбачені ст.ст. 272–274 КК РФ) (а у КК України відповідно ст. 361–363-1), але й багато «традиційно» суспільно небезпечні діяння за-

© Мурадов В., 2014

лишають після себе електронні сліди у комп'ютерних мережах, на магнітних чи оптичних носіях, екранах моніторів. У зв'язку з цим виникає практична проблема використання даних слідів у процесі розслідування та розгляду кримінальної справи». Варто зауважити, що перші згадки про можливість використання електронних документів як доказів у кримінальних справах ми знаходимо у докторській дисертації В.К. Лисиченка «Криміналістичне дослідження документів (правові та методологічні проблеми)» у 1973 році. А в зарубіжних наукових роботах (зокрема США) можна знайти таку дефініцію як: «цифрові докази – це цифрові дані, котрі можуть підтвердити вчинення злочину або за допомогою яких можливо простежити зв'язок між злочином та потерпілим від нього, або між злочином та його виконавцем». Також зазначене автором справедливо підкреслюється: «під час презентації (аналог дослідження доказів у американському кримінальному процесі – *авт. В.М.*) таких доказів у судовому засіданні, типовим недоліком є брак галузевих знань у цій сфері присяжних, суду та адвокатів».

Ситуацію можна назвати закономірною: рівень так званої «технізації» суспільства постійно підвищується, звідси й нові виклики, зокрема для криміналістики. Поняття «електронні докази» зустрічається також у господарському, та адміністративному судочинстві, у сфері трудових спорів і їх сутність описується всюди як таких, що потребують не лише спеціальних процедур для їх збирання та дослідження, але й справляють істотний вплив на розв'язання спірних питань у правовідносинах тієї чи іншої сфер. Як відомо криміналістика є наукою, що використовує дані інших наук для вирішення власних завдань, а саме розслідування, розкриття та попередження кримінальних правопорушень і серед цього можна виділити такий важливий аспект як збирання та дослідження різних видів доказів. Рекомендації щодо такої діяльності суттєво спрощують їх пошук та фіксацію, а також підвищують ефективність їх дослідження у майбутньому. Однак щодо такого особливого виду доказів, як електронні, таких рекомендацій в достатній мірі не напрацьовано. На нашу думку, в даному випадку неможливо обійтись без даних IT (від англ. Information Technology), тобто широкого класу дисциплін та сфер діяльності, що стосуються технологій створення, зберігання, керування та обробки даних, в тому числі із застосуванням обчислювальної техніки (в останній час під інформаційними технологіями розуміють комп'ютерні технології). Однією із спроб інтегрувати ці науки є створення, на перший погляд, окремої криміналістичної теорії, що дістала назву «Форензіка – комп'ютерна криміналістика». Небезпідставним є її поділ деякими авторами на безпосередньо комп'ютерну криміналістику (computer forensics) та мережеву криміналістику (network forensics).

У літературі можна знайти позиції лише стосовно електронних доказів-документів, однак є всі підстави виділяти ще одну категорію, а саме речові електронні докази. Ними можуть бути знаряддя і засоби скоєння кримінальних правопорушень, передбачених розділом XVI Кримінального кодексу України (злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку. Конкретними знаряддями в даному випадку виступають так звані «шкідливі програмні засоби», що згадуються у диспозиції ч. 1 статті 361-1 КК України. Ними можуть бути комп'ютерні віруси; програми, призначені для нейтралізації паролів чи інших засобів захисту

комп'ютерних програм чи комп'ютерної інформації від несанкціонованого доступу; програми-шпигуни. На даному етапі використання електронних доказів необхідно зазначити певні недоліки, що супроводжують їх збирання та перевірку. Через відсутність повноцінно сформованої методики роботи з такими доказами, доводиться залучати спеціалістів, вилучати велику кількість обладнання, або ж витрачати велику кількість часу на їх пошук та фіксацію. Також можна констатувати, що у більшості випадків робота по дослідженню такої інформації відбувається у формі експертизи без фактичної участі слідчих при її проведенні. А дослідження найпростіших засобів проводиться у занадто спрощеному вигляді. Наприклад при дослідженні слідчим мобільного телефону було здійснено огляд із фіксацією розмірів об'єкта, вмісту електронних даних об'єкта (телефонної книги, контактів, повідомлень), однак зафіксовано це було у письмовій формі (від руки) з фотоілюстраціями низької якості. Натомість використання спеціальної програми, яка б дозволяла належним чином дослідити ці дані і зафіксувати їх у набагато кращий спосіб значно підвищила б ефективність цієї слідчої дії та якість оцінки її результатів. Хоча на даний час цілком доступними є відповідні криміналістичні засоби, а саме, засоби для клонування жорстких дисків та інших носіїв (в тому числі у польових умовах); засоби для підключення досліджуваних дисків з апаратним блокуванням запису на них; програмні інструменти для криміналістичного дослідження вмісту дисків та інших носіїв, а також їх образів; переносні комп'ютери з комплексом програмних і апаратних засобів, орієнтованих на дослідження комп'ютерної інформації у польових умовах; набори хештегів (hash sets) для фільтрації вмісту досліджуваної файлової системи; апаратні і програмні засоби для дослідження мобільних телефонів та SIM карт; програмні засоби для дослідження локальних мереж. Однак без елементарних знань принципів роботи мереж (локальних та Інтернет), файлових систем, протоколів роботи систем і підсистем, принципи формування log файлів і загалом основ IT ефективне використання означених засобів і глибинне дослідження таких доказів не видається можливим.

Іншою проблемою використання таких доказів є майже повна відсутність можливостей для їх належного дослідження (глибинного пізнання їх сутності, взаємозв'язку з іншими доказами і матеріалами справи) у суді під час розгляду відповідних проваджень. Навіть під час допитів експертів, котрі фактично здійснювали дослідження цих електронних доказів, їх висновки лише озвучуються, хоча наочна демонстрація їх особливостей значно підвищила б ефективність такого дослідження. На даний час експертна практика засвідчує постійне збільшення кількості експертних завдань щодо пошуку на комп'ютерних носіях інформації, яка стосується роботи користувача персонального комп'ютера (ПК) у глобальній мережі Інтернет, тобто звернення його на конкретні сайти, хронології чи історії звернень тощо. Це зумовлено збільшенням кількості кримінальних проваджень, пов'язаних з противоправним поширенням у глобальній мережі певної інформації, у тому числі кримінального характеру (щодо торгівлі людьми, розповсюдження порнографічних зображень тощо). Завдання пошуку на комп'ютерному носії даних, які стосуються відвідування користувачем певних сайтів, є важливим і складним, а шляхи його вирішення значною мірою залежать від установлених на досліджуваному ПК типу операційної системи (ОС) та Інтернет-браузера. У таких

випадках демонстрація усіх файлових зв'язків та підсистем сприяла б глибинному та належному дослідженню такого доказу. Іншим важливим аспектом комп'ютерно-технічного дослідження електронних доказів є робота з комп'ютерною графікою. Цей напрямок – один із найпопулярніших способів використання персонального комп'ютера. Діапазон застосування комп'ютерної графіки дуже широкий – від створення мультимедійних програм, телевізійної реклами і спец ефектів у кіно до комп'ютерного проектування у машинобудуванні та фундаментальних наукових досліджень. І у цьому прикладі важливим і, інколи, визначальним елементом усвідомлення цілісності елементів дослідження та їх взаємозв'язку, є наочна та детальна демонстрація усіх етапів та елементів дослідження.

Ще одним недоліком дослідження таких доказів у суді можна назвати відсутність можливості дослідження електронних доказів, котрі зберігаються на віддалених серверах. На даний час ними можуть бути сервіси зберігання інформації в мережі Інтернет (SkyDrive, Adrive, Box.net, Clip2Net, DropBoks, MediaMax та ін.), електронні скриньки, системи інтернет-банкінгу та ін. Натомість відбувається дослідження їх паперових аналогів. Однак завдяки порівняно нескладному обладнанню, дослідження таких доказів може вийти на якісно новий рівень. Це також могло б суттєво підвищити ефективність дослідження не лише електронних, а й інших доказів (фотоілюстрацій висновків експертів, протоколів слідчих дій, інших додатків).

Таким чином потребує значного вдосконалення методика збирання та дослідження електронних доказів на досудовому провадженні та методика дослідження цих доказів у судовому засіданні. З урахуванням сучасних можливостей криміналістики, необхідно підвищити принаймні базовий рівень знань у галузі ІТ усіх осіб, які здійснюватимуть пошук і фіксацію та досліджуватимуть електронні докази. Суттєво має бути розширена і база інструментарію для такого пошуку, фіксації і дослідження.

ПРАВОВІ УГОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЯК ВИД КОМПРОМІСНОГО ВИРІШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

В. Нор

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Світовий, а також вітчизняний досвід боротьби (контролю за) зі злочинністю засвідчив, що каральний метод вирішення цієї соціальної проблеми виявився малоефективним. Злочинність не лише не зменшилася, а навпаки – набирає тенденцію до росту, особливо в умовах соціально-політичної нестабільності в державах, загострення економічних проблем, інших соціальних негараздів. Все це

© Нор В., 2014

штовхає до пошуку нетрадиційних для класичних європейських стандартів рішень у боротьбі зі злочинністю, які б дали можливість хоч би частково її нейтралізувати. За останні 20–25 років у світовій правовій практиці все більшого авторитету набирає так зване «відновлювальне правосуддя», стержень якого становить не стільки покарання за вчинений кримінальний делікт, зокрема проти особи, скільки примирення правопорушника з нею (жертвою, потерпілою особою. При цьому базове завдання кримінального провадження – захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження – досягається не суворою карою правопорушника, а визнанням своєї вини, її спокутою, щирим каяттям , взяттям на себе обов'язку відновити порушені відносини, насамперед відшкодувати заподіяну потерпілій особі майнову та морально-психологічну шкоду. Зрозуміло, що від позбавлення волі, особливо за вчинення тяжких злочинів відмовитись не можна, але це покарання необхідно застосувати як крайню міру впливу. Та навіть у таких випадках можливе застосування компромісного способу вирішення кримінально-правового конфлікту, який більшою мірою сприяє досягненню цілей кримінального провадження, аніж саме по собі тяжке покарання.

2. В умовах кримінального провадження компроміс між підозрюваним/ обвинуваченим та потерпілим полягає у взаємодоступних відступленнях: підозрюваний/ обвинувачений визнає свою вину в учиненому кримінальному правопорушенні; щиро кається у цьому; усуває (або дає на це згоду) негативні майнові наслідки своєї поведінки; просить вибачення у потерпілого тощо. Потерпілий, своєю чергою, згоден на примирення з обвинуваченим за наявності названих обставин. Компроміс між стороною обвинувачення і захисту полягає у тому, що обвинувачення ставитиме перед судом питання про звільнення підозрюваного/ обвинуваченого від кримінальної відповідальності за вчинення певних видів кримінальних правопорушень або пом'якшення покарання, а підозрюваний/обвинувачений вчинить визначені законом дії, спрямовані на співпрацю у розкритті кримінального правопорушення, встановлення всіх його обставин, сприятиме усуненню негативних наслідків своєї кримінальної поведінки, тощо. Тож, компроміс між сторонами обвинувачення і захисту сприяє швидкому і повному розслідуванню кримінальних правопорушень, викриттю їх організаторів та учасників, збиранню необхідних доказів. Він істотно впливає на реалізацію засади процесуальної економії (часу, засобів, фінансових затрат), а в кінцевому рахунку – на успішне вирішення завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК України).

3. Застосування компромісу при вирішенні кримінально-правового конфлікту можливе лише за передбачених законом (матеріальним і процесуальним) підстав і умов та відповідати встановленим вимогам, зокрема: компромісні процедури можна застосовувати лише за наявності підстави для кримінального переслідування особи і притягнення її до відповідальності; вибір компромісного рішення не повинен виходити за межі, встановлені законом, і обумовлюватися фактичними обставинами справи; вибір компромісу можливий лише за наявності волевиявлення йти на нього підозрюваного/ обвинуваченого та потерпілого, а також обвинувача-прокурора.

4. Компромісне вирішення кримінальних конфліктів у кримінальному провадженні України застосовується у декількох варіантах: 1) звільнення винної особи від кримінальної відповідальності за вчинення кримінального правопорушення невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості у зв'язку з її дійовим каяттям (ст. 45 КК); примиренням її з потерпілим (ст. 46 КК); виконанням винною особою у встановлених КК України випадках своїх обов'язків та відшкодуванням заподіяної їх невиконанням шкоди державі (ст.ст. 212, 212-1 КК).

2) укладення винною у вчиненні визначених законом певних категорій кримінальних правопорушень особою з потерпілим чи стороною обвинувачення (прокурором) передбаченої кримінальним процесуальним законом певного виду правової угоди.

5. Інститут правових угод у кримінальному провадженні, маючи англо-американське коріння, впевнено проник на європейський континент і знайшов свою реалізацію також у кримінальному процесуальному законодавстві України (КПК 2012 р.), перекресливши здавалось би непорушну до цього часу аксіому – жодних офіційних домовленостей між злочинцем і державою щодо вини і покарання не може бути.

6. КПК України (ст. 468) передбачив можливість використання у кримінальному провадженні 2-х видів угод.

1) угода про примирення між потерпілим, з одного боку, та підозрюваним/обвинуваченим, з другого;

2) угода між прокурором (державним обвинувачем) та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості у вчиненні кримінального правопорушення (кримінального проступка або злочину).

7. Угода підозрюваного чи обвинуваченого з потерпілим про примирення може бути укладена на досудовому розслідуванні (потерпілого з підозрюваним) в будь-який момент після повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення у формі кримінального проступка або злочину невеликої чи середньої тяжкості. Зрозуміло, що угода про примирення може бути укладена також в разі вчинення кримінального правопорушення, яке переслідується у формі приватного обвинувачення. Такі угоди можуть укладатись і в суді першої інстанції, до якого надійшов обвинувальний акт щодо обвинуваченого, аж до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку.

8. Угода про примирення може укладатись між підозрюваним/обвинуваченим виключно за ініціативою сторін цієї угоди, їх захисників та представників або ж іншої особи (медіатора), узгодженої сторонами. Кримінально-процесуальний закон забороняє ініціювати або брати участь в переговорному процесі щодо такої угоди слідчому, прокурору чи судді. Вони лише зобов'язані інформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перешкод в досягненні угоди про примирення. Такий підхід законодавця, як видається, є цілком виправданим, оскільки перелічені суб'єкти є представниками держави і саме вони насамперед

зацікавлені у реалізації завдань кримінального провадження за допомогою всебічного, повного й неупередженого дослідження і встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення. Укладення ж угоди про примирення допускає можливість ухвалення судового рішення без дослідження фактичних обставин провадження. Суб'єкти (сторони) цієї угоди можуть не чекати доки слідчий/ прокурор виконають всі необхідні слідчі (розшукові) дії, вчинять інші процесуальні дії для встановлення всіх обставин кримінального правопорушення,в тому числі й такі, які обмежують права і свободи, а розпочати процедуру укладення угоди. У разі її досягнення на досудовому розслідуванні слідчий складає обвинувальний акт і разом з підписаною сторонами угодою невідкладно надсилає його до суду. Розгляд цих процесуальних актів проводиться судом (суддею) під час підготовчого судового засідання за обов'язкової участі сторін угоди. Лише переконавшись у добровільності угоди про примирення, а також у тому, що умови угоди не суперечать законові, суд ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання обвинуваченому. В протилежному випадку суд відмовляє у затвердженні угоди і досудове розслідування продовжується у загальному порядку. У випадку ж невиконання обвинуваченим умов затвердженої судом угоди про примирення, потерпілий вправі звернутися до суду з клопотанням про скасування вироку. Таке клопотання може бути подане ним впродовж строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення відповідного кримінального правопорушення.

9. Укладення угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним/обвинуваченим не слід змішувати з таким компромісним вирішенням кримінально-правового конфлікту, як примирення потерпілого з винною особою, яке є підставою для звільнення останньої від кримінальної відповідальності і закриття кримінального провадження. На жаль, в літературі інколи не розрізняються ці два види застосування компромісу у кримінальному провадженні. (див.: напр., В.Ю. Калугін. Угода про примирення як підстава закриття кримінального провадження / В.М. Калугін. Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні: матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (27 листопада 2013 р.) – Одеса: Юрид. літ., 2013. – С. 36–38). Проте вони по-різному врегульовані матеріальним і процесуальними законами і мають різну процесуальну форму вирішення та правові наслідки.

10. Другий вид правових угод, сприйнятий новим КПК, – це **угода про визнання винуватості**, яка може бути укладена між прокурором, з одного боку, та підозрюваним чи обвинуваченим, з другого, у випадку вчинення ними кримінальних проступків, злочинів невеликої або середньої тяжкості і навіть тяжких злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам. Проте, що особливо варто підкреслити, якщо у провадженні бере участь потерпілий, то укладення такої угоди не допускається.

11. Механізм процесуального регулювання даного виду правових угод схематично полягає у наступному:

1) ініціаторами укладення угоди про визнання винуватості може бути як прокурор, так і підозрюваний чи обвинувачений;

2) така угода може ініціюватися у будь-який момент провадження, але після повідомлення особі про підозру (тобто після з'явлення у провадженні такого суб'єкта як підозрюваний) і аж до виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку;

3) якщо у провадженні є не один підозрюваний чи обвинувачений, а згода про укладення угоди про визнання винуватості досягнута з одним чи кількома з них і така угода з ними укладена, то кримінальне провадження щодо них виділяється в окреме провадження;

4) кримінально-процесуальний закон (ст. 470 КПК) чітко встановлює обставини, що мають бути враховані прокурором при укладенні угоди про визнання винуватості (ступінь і характер сприяння названих суб'єктів провадження у встановленні фактичних обставин правопорушення як щодо себе, так і інших осіб; характер і тяжкість підозри чи обвинувачення; наявність суспільного інтересу в забезпеченні швидкого досудового розслідування і судового розгляду провадження; наявність суспільного інтересу в запобіганні, виявленні та припиненні інших кримінальних правопорушень, особливо тяжких);

5) закон чітко регулює зміст угоди про визнання винуватості (ст. 472 КПК), серед яких особливо слід відзначити: беззастережне визнання підозрюваним/ обвинуваченим своєї вини; їх обов'язки щодо співпраці у розкритті кримінального правопорушення та вчинення його іншими особами (якщо такі були); узгоджене покарання та згода підозрюваного/ обвинуваченого на його призначення, та інші передбачені законом домовленості;

6) якщо угоди про визнання винуватості досягнуто під час досудового розслідування, то прокурор невідкладно надсилає обвинувальний акт з підписаною сторонами угодою до суду, який розглядає його під час підготовчого судового засідання за обов'язкової участі сторін провадження;

7) якщо угоди про визнання вини між прокурором і обвинуваченим досягнуто під час судового провадження, суд невідкладно зупиняє інші процесуальні дії і переходить до розгляду угоди та ухвалення вироку з урахуванням цієї угоди.

12. У кримінально-процесуальній доктрині як до роботи над проектами нового КПК України, так і під час їх обговорення (а до речі слід підкреслити, що всі вони передбачали можливість застосування правових угод), і навіть уже після прийняття нового КПК у квітні 2012 р. велась гостра дискусія щодо необхідності впровадження у кримінальне судочинство угоди про визнання винуватості підозрюваним чи обвинуваченим. Не лише палкі противники впровадження цього інституту у вітчизняне кримінальне провадження, але й більш поміркування адепти правових угод у ньому висловлювали (одні глибоке переконання, інші – можливість) занепокоєння з приводу того, що наявність угоди про визнання винуватості стимулюватимуть сторону обвинувачення у використанні недозволених методів впливу на підозрюваних/обвинувачених з метою укладення таких угод, що може стати наслідком не лише порушення законності, але й крайнім і найбільш небезпечним її проявом – притягнення до кримінальної відповідальності і покарання невинуватої особи. Зрозуміло, що такі побоювання мають право на існування. Тому необхідні правові гарантії, які б, якщо й не

усунули повною мірою, то, принаймні, істотно нейтралізували реалізацію на практиці таких побоювань (фактів). Вважаю, що до честі розробників нового КПК України, він передбачив цілу систему процесуальних гарантій, дотримання яких здатне забезпечити і законність укладення названої угоди, і при цьому дотримання прав, свобод і законних інтересів осіб, які підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні кримінальних правопорушень.

Якщо йдеться про такі гарантії, то їх можна звести до таких груп: 1) суд зобов'язаний під час судового засідання (підготовчого чи основного) з'ясувати в обвинуваченого чи він розуміє, що він має право: на судовий розгляд, в ході якого прокурор зобов'язаний довести його вину; має право на «мовчання»; на захисника в т.ч. і за рахунок держави; допитувати свідків обвинувачення та інші права; чи він згідний на обумовлене в угоді покарання, та інші умови; 2) суд зобов'язаний з'ясувати в обвинуваченого чи він знає і усвідомлює, які правові наслідки тягне за собою укладення та затвердження угоди і роз'яснити їх (обмеження права на оскарження вироку і лише оскарження його з підстав: суворішого призначення покарання аніж передбаченою угодою; ухвалення вироку з призначенням покарання, якщо угода передбачала його непризначення; нероз'яснення наслідків укладення угоди); 3) суд зобов'язаний переконатися у добровільності обвинуваченого на укладення угоди, для чого має право витребувати документи (скарги, відповіді на них; викликати та опитати в судовому засіданні відповідних осіб, тощо), тобто вчинити процесуальні дії, які б переконали його у добровільності обвинуваченого укласти угоду; 4) суд зобов'язаний перевірити угоду на відповідність її вимогам закону. Якщо вона не відповідає встановленим КПК вимогам (ч. 7 ст. 474) суд відмовляє у затвердженні угоди; 5) у разі відсутності у суду переконання щодо добровільності укладення угоди про визнання винуватості або коли така угода не відповідає вимогам закону, суд відмовляє (ухвалює рішення) про відмову ухвалити вирок на підставі угоди і в такому випадку провадження продовжується у загальному порядку. Повторне звернення з такою угодою у цьому провадженні не допускається. Оскарження вироку на підставі відмови суду у затвердженні угоди КПК не передбачає.

13. Наскільки новий інститут правових угод став практичною реальністю, наскільки він став витребуваним у кримінальному провадженні? На сьогодні щодо цього проглядається певний оптимізм. Динаміка застосування угод у кримінальному провадженні взагалі, в тому числі і про визнання винуватості є позитивною. За даними Генеральної прокуратури України, якщо у січні 2013 р. до суду направлялось обвинувальних актів з угодами лише 6% (405 з 7.000) то у березні ц.р. – вже 13% (майже 4 тис. з 20 тис. направлених до суду) (Вісник прокуратури України. – 2013. – № 4. – С. 64). Разом з тим необхідно удосконалювати (під впливом практичного застосування) правовий механізм цього інституту. Можливо варто було б розповсюдити його застосування й на найбільш небезпечні форми кримінальних деліктів, зокрема організовану злочинність, дотримуючись, зрозуміло, при цьому непорушності конституційного положення про пріоритет прав і свобод людини і громадянина, а також гарантованого захисту не лише приватного, але й публічного інтересу.

ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТУ І МЕЖ ДОКАЗУВАННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ

А. Павлишин

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінальне провадження, стрижневою частиною котрого є доказування, зважаючи на його завдання та значення як для конкретних осіб так і держави, має певний цілеспрямований характер, оскільки спрямоване на встановлення обставин, які мають як кримінально-правове (для кваліфікації) так і кримінально-процесуальне значення (для прийняття як проміжних так і остаточних процесуальних рішень). Сукупність таких обставин у теорії доказів, попри певні дискусії, загалом отримала назву предмета доказування.

Кримінально-процесуальний закон не визначає, що таке предмет доказування, а лише наводить перелік обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Згідно первісної редакції ст. 91 КПК України у кримінальному провадженні підлягали доказуванню:

1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання.

Проте вже у 2013 році до цієї статті були внесені зміни, за якими перелік цих обставин був доповнений пунктом 6 та 7 такого змісту:

6) обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення;

7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру.

© Павлишин А., 2014

Не вдаючись поки що до аналізу елементів структури предмета доказування, потрібно зазначити, що у науці проблема визначення поняття і структури цього феномену власне зводилася до того, що охоплює в себе предмет доказування.

Так, на думку одних вчених під предметом доказування в кримінальній справі треба розуміти систему обставин, котрі виражають властивості і зв'язки досліджуваної події, які мають значення для правильного вирішення кримінальної справи і реалізації у кожному конкретному випадку завдань судочинства. При цьому у структуру предмета доказування входили обставини, які мали остаточне значення і визначалися законом (*відповідали п. 1–4 ст. 91 чинного КПК України – А.П.*).

Інші вважали, що предмет доказування не обмежується лише обставинами, які визначені у законі **(головний факт)** і включає також обставини, через котрі інколи встановлюються визначені у законі обставини **(допоміжні, доказові факти)**. Наприклад, встановлення особи підозрюваного, котрий за оперативною інформацією має сестру, яка у школі працює прибиральницею вимагає спочатку встановити, хто у школі працює прибиральницею, потім, хто з них має братів і т.д, тобто встановлення проміжного факту.

Ще інші зазначають, що предмет доказування включає в себе: 1) обставини, які підлягають доказуванню у кримінальній справі (*відповідають тим, що закріплені у ст. 91 КПК України – А.П.*); 2) обставини, що підлягають встановленню по окремих категоріях кримінальних справ (*відповідають тим, що закріплені у ст.ст. 485 та 505 КПК України – А.П.*); 3) доказові (проміжні) факти; 4) обставини, встановлення котрих необхідне для прийняття окремих процесуальних рішень (про проведення слідчої дії, застосування запобіжного заходу і т.д.).

На завершення цієї полеміки варто зазначити наступне. Етимологія терміна «предмет доказування» означає все те, що підлягає доказуванню, встановленню. У кожному кримінальному провадженні предмет доказування може відрізнятися, однак всім кримінальним провадженням притаманні певні загальні обставини, однакові для всіх кримінальних правопорушень, наприклад подія правопорушення, обставини, котрі характеризують особу підозрюваного, вид і форма його вини тощо, котрі і передбачені у ст.91 КПК України. При цьому потрібно пам'ятати, що «предмет доказування», будучи загальним поняттям, стосується конкретного кримінального провадження, а не всіх можливих. Тому аналізований останній підхід стосується не предмету доказування у конкретному кримінальному провадженні, а всіх можливих проваджень.

У зв'язку з цим цікавими є міркування В.О.Лазаревої, яка стверджує, що має сенс визначити співвідношення понять «головний факт», «предмет доказування» і «обставини, котрі підлягають доказуванню».

Головний факт – це сукупність обставин, які охоплюють склад злочину або факт вчинення особою злочину. Головний факт у чинному КПК (*КПК РФ – А.П.)* сформульований як частина предмета доказування, хоча за змістом ці поняття тотожні. **Предмет доказування** (головний факт), котрий складається з обставин, котрі є кінцевою метою доказування, являє собою узагальнене (нормативне) вираження обставин, котрі підлягають доказуванню по кримінальній

справі. **Обставини, котрі підлягають доказуванню** конкретизують, поглиблюють предмет доказування, наповнюють його змістом (*останні фактично відповідають тим, які виділені у ст. 91 КПК України – А.П.)*.

З огляду на викладене варто наголосити, що чинний КПК України у ст. 91 серед обставин, котрі підлягають доказуванню у кримінальному провадженні виділяє і такі, котрі можуть існувати далеко не у всіх кримінальних правопорушеннях. Це стосується обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення; обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру. Крім того, обставини, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження встановлюються тільки тоді, коли вони мали місце на практиці.

Як зазначають усі вчені, особливістю предмету доказування є те, що він є однаковим, загальним для всіх кримінальних правопорушень. Це означає, що у кожному кримінальному провадженні має бути встановлена подія кримінального правопорушення, винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, обставини, які, характеризують особу обвинуваченого, котрі і визначені у ст. 91 КПК України як обставини, котрі підлягають доказуванню. Однак по кожному кримінальному правопорушенню предмет доказування наповнюється своїм особливим змістом, обумовленим складом відповідного злочину, особливістю його розслідування, тощо. Це випливає і з ст. 85 КПК, у якій зазначено, що належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, **та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження,** а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів.

В той же час варто пам'ятати, що стаття 91 КПК України називається «Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні», а не предмет доказування, оскільки п.п. 5–7 цієї статті передбачають обставини, котрі встановлюються далеко не у всіх кримінальних провадженнях. Обставини ж зазначені у п. 1–4 цієї статті містять у сконцентрованому вигляді ті загальні обставини, котрі підлягають встановленню у всіх провадженнях і є предметом доказування.

З огляду на це, варто зауважити, що такий законодавчий підхід до розширення переліку обставин, котрі підлягають доказуванню є не дуже добрим. В результаті може скластися враження, що серед обставин, котрі підлягають доказуванню, є ті, які мають більше значення ніж інші для вирішення кримінального провадження. Про це свого часу наголошувала низка вче-

них. Це, своєю чергою, може призвести до втрати тої ваги, яку предмету доказування надають вчені.

Таким чином можна погодитися з Ю.М. Грошевим та С.М. Стахівським, що предмет доказування це всі факти і обставини, що підлягають встановленню у кожному кримінальному провадженні (правопорушенні) з метою правильного його вирішення. Тут однак, попри критику терміна «факти» у визначенні поняття доказів, потрібно наголосити, що під фактом у предметі доказування необхідно розуміти те, що дійсно мало місце на практиці (наприклад, подія злочину), а під обставинами – те, що цей факт супроводжувало, умови існування факту (час вчинення злочину). Хоча деякі вчені розглядають їх як тотожні поняття з метою виключення певних непорозумінь у застосуванні їх на практиці.

Предмет доказування є своєрідною матрицею, яка спрощує роботу слідчого, а потім судді під час доказування у кримінальному провадженні, оскільки наперед визначає, що потрібно доказувати. Значення предмету доказування насамперед проявляється у тому, що 1)він робить процес цілеспрямованим і 2) правильне встановлення предмета доказування у кримінальному провадженні є запорукою успішного виконання завдань кримінального провадження.

Безпосередньо з предметом доказування пов'язане таке поняття як межі доказування, котрі співставляються як мета і засіб її досягнення.

Традиційно межі доказування визначають як необхідну і достатню сукупність доказів, зібрання яких забезпечить встановлення всіх обставин предмета доказування, а отже, і правильне вирішення кримінального провадження (справи). При цьому окремі вчені зазначають, що межі доказування визначають глибину дослідження, стосуються якісної і кількісної характеристики предмету доказування, що це багатоаспектна категорія.

Очевидно, що з позиції сьогодення межі доказування можуть мати щонайменше три характеристики.

Перша передбачає, що межі доказування полягають у тому, щоб правильно визначити предмет доказування у конкретному кримінальному провадженні, котрий, як уже зазначалося може бути різним, враховуючи «допоміжні факти» і склади конкретних злочинів (кількісна характеристика). Як неодноразово наголошували дослідники цієї проблеми, на практиці бувають випадки, коли межі доказування завужуються, що призводить до неповного встановлення предмету доказування або навпаки надмірно розширюються, що призводить до надмірного затягування провадження.

Друга полягає у тому, що межі доказування характеризують глибину дослідження, стосуються надійності чи достовірності встановлення обставин предмету доказування. Тобто вона доповнює першу і означає те, що обставини предмету доказування мають бути встановлені з належною повнотою, котра б дозволила прийняття законного і обґрунтованого чи проміжного, чи остаточного рішення у провадженні (якісна характеристика).

Третя доповнює другу і стосується способів і засобів встановлення предмету доказування. З цієї позиції межі доказування відповідають наведеному вище визначенню, хоча включають не тільки необхідну і достатню сукупність

доказів, котрі дозволяють повно встановити обставини, які охоплюються предметом доказування, а, крім того, включають сукупність усіх слідчих чи інших процесуальних дій, спрямованих на збирання чи перевірку цих доказів (поєднання якісної і кількісної характеристики). Їхній перелік теж може різнитися залежно від конкретного провадження.

Як видається, лише взяті разом ці три характеристики повною мірою розкривають сутність меж доказування. При цьому, на відміну від предмету доказування, який іноді розглядають як загальний для всіх кримінальних проваджень, межі доказування не можуть бути загальними, а повинні стосуватися лише конкретного кримінального провадження. Окрім цього, будучи теоретичною конструкцією, межі доказування мають особливо важливе значення саме на практиці, оскільки правильне визначення меж доказування є запорукою швидкого і повного встановлення обставин предмету доказування, а відтак правильного розслідування і вирішення кримінального провадження в цілому.

Таким чином межі доказування – це комплексна категорія, котра стосується повноти і достовірності встановлення обставин предмета доказування у конкретному кримінальному провадженні.

СТРУКТУРА І ЗМІСТ ОКРЕМОЇ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ З УЧАСТЮ ІНОЗЕМНИХ ГРОМАДЯН

М. Ушков

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під час опрацювання криміналістичної літератури часто згадується про численні порушення іноземними громадянами чинного законодавства України.

Однак, розслідування кримінальних правопорушень, вчинених з участю іноземних громадян, породжує певні ускладнення, тому що ця категорія кримінальних проваджень містить низку кримінальних процесуальних особливостей розслідування, які сучасними науковцями висвітлюються дуже обмежено. Як виняток, можна назвати роботи М.М. Богуславського, Ю.М. Грошевого, І.І. Когутича, М.І. Пашковського та деяких інших науковців, які в тій чи іншій мірі розглянули ті чи інші аспекти сутності цих знань.

Актуальність більш детального з'ясування цієї проблематики обумовлена тим, що в ході реалізації економічних, політичних, культурних та інших контактів з країнами близького так і далекого зарубіжжя постійно зростає число іноземних громадян, які відвідують нашу країну та під час цього часто відбувається вчинення правопорушень, як іноземними громадянами так і стосовно них.

© Ушков М., 2014

Особливості цієї категорії проваджень під час вчинення кримінальних правопорушень полягають в тому, що враховуючи специфічний статус суб'єкта – іноземного громадянина, його терміни перебування в Україні, правові гарантії, та інші обставини, практика вимагає додаткового висвітлення методики розслідування кримінальних правопорушень, вчинених іноземними громадянами та стосовно них. Саме тому є потреба в дослідженні та розробці чималої кількості питань досудового розслідування кримінальних правопорушень, вчинених з участю іноземних громадян. Серед таких, зокрема, можна диференціювати питання організації та планування досудового розслідування, проведення окремих слідчих (розшукових) дій, суб'єктів представництва іноземців на досудових стадіях кримінального процесу, а також суб'єктів захисту.

Необхідно також враховувати певні особливості участі іноземних громадян у проведенні окремих слідчих (розшукових) дій та особливу увагу звернути на хід планування розслідування кримінального правопорушення в залежності від сукупності обставин та конкретної слідчої ситуації.

Аналізуючи практику розслідування кримінальних правопорушень даної категорії, виправдано виокремити наступні обставини, які впливають на хід розслідування: 1) правовий статус іноземного громадянина; 2) знання мови судочинства; 3) термін перебування іноземного громадянина в Україні; 4) національні особливості культури, побуту та релігійні переконання іноземного громадянина; 5) освітній рівень тощо.

Виходячи з обставини знання чи не знання мови судочинства іноземним громадянином, можливі два варіанти планування ходу провадження при розслідування кримінального правопорушення та застосування тактичних прийомів проведення слідчих дій. Перший, це коли іноземний громадянин не володіє мовою судочинства. У цьому випадку необхідно усі слідчі дії проводити за обов'язковою участю перекладача та захисника. Другий, коли іноземець володіє мовою судочинства – в цій ситуації, участь захисника не є обов'язковою, а у послугах перекладача не має фактичної необхідності.

Розглядаючи термін перебування іноземного громадянина в Україні, необхідно зазначити, що на початковому етапі розслідування, необхідно з'ясувати з якою метою прибув іноземний громадянин на територію України, перевірити законність перебування, час на який він планує залишитися, мету його приїзду. Від отриманої інформації буде в подальшому залежати планування та проведення слідчих дій, їх достатність та доцільність для отримання та закріплення необхідної для слідства інформації.

Сукупність перелічених обставин не є вичерпною і залежить в першу чергу від особистості іноземного громадянина, його статусу, та конкретної слідчої ситуації.

Необхідно звернути увагу на випадки, коли іноземний громадянин (свідок, потерпілий) виїхав за кордон, і проведення слідчих дій за його участю на території України неможливе.

Це стосується, наприклад, таких слідчих дій, як пред'явлення для впізнання осіб чи предметів.

В даному випадку необхідно вирішити питання одним з зазначених способів:

1) використати фото чи відео-зображення, направивши їх за місцем знаходження іноземного громадянина через відповідні інстанції, якщо з даною країною підписано угоду про взаємну правову допомогу (у разі відсутності угоди вищевказані дії можливо здійснити через представництво НЦБ Інтерполу в Україні);

2) ідентифікувати об'єкт за описом, який є в протоколі допиту іноземного громадянина, якщо такий є;

3) застосувати дистанційне провадження (відеотрансляція в прямому ефірі з іншої країни, наприклад, за допомогою комп'ютерної інтернетпрограми «Скайп»).

Виклик іноземних громадян до органу досудового розслідування доцільно робити через керівників делегацій, адміністрацію навчальних закладів, адміністрацію установ та підприємств, тощо.

Для своєчасного виклику перекладачів слідчим відділам правоохоронних органів необхідно мати списки з їхніми номерами робочих та мобільних телефонів.

Відповідно до Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року, іноземні громадяни в кримінальному провадженні мають право користуватися й правом консула на здійснення функції надання допомоги у різних правових питаннях. Це право повинні роз'яснити уповноважені органи кримінального судочинства країни перебування під час будь-якого позбавлення волі (затримання та арешт). На наш погляд, в даному випадку, виникає новий вид кримінальних процесуальних відносин між іноземним громадянином та консулом.

Аналізуючи чинне законодавство з питань захисту особи, можна дійти висновку, що в діючому кримінальному процесуальному кодексі України не встановлені підстави та умови участі в провадженні (або відмові від участі) захисника, який є іноземцем. Поряд з тим, у органів досудового слідства й суду не має підстав відмовити підозрюваному іноземному громадянину в запрошені захисника з країни його громадянства.

В ході аналізу світової юридичної практики з вищезазначених питань та законодавство України, автор приходить до висновку стосовно того, що іноземний адвокат: 1) за законом не може захищати особу, бо це суперечить законодавству України; 2) не може у повному обсязі захистити підзахисного, бо він не знає особливостей українського законодавства. Саме з цих міркувань, ми приходимо до висновку про те, що участь іноземного захисника у кримінальному провадженні відповідно до чинного законодавства України неможливе.

Отже як підсумок викладеному можна констатувати, що особливості даної категорії кримінальних проваджень полягають в тому, що враховуючи специфічний статус суб'єкта – іноземця, його терміни перебування в Україні, правові гарантії, та інші обставини, практика вимагає створення методики розслідування кримінальних правопорушень, вчинених іноземними громадянами та стосовно них. Ця методика повинна враховувати специфіку планування і організації досудового провадження; питання, які виникають під час розслідування; особливості провадження слідчих (розшукових) дій за участю іноземних громадян; особливості і процедуру здійснення процесуальних дій в межах надання правової допомоги та ін.

СУТНІСТЬ ТА ФОРМИ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 175 КК УКРАЇНИ

В. Фігурський

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з актуальних проблем як у минулому столітті, так і сьогодні, є дослідження сутності й форм протидії зацікавлених осіб виявленню та розслідуванню кримінальних правопорушень, а також діяльності органів досудового розслідування під час кримінального провадження.

Протягом більш ніж століття розвитку криміналістики питання протидії розслідуванню привертали увагу багатьох вітчизняних і зарубіжних криміналістів, серед яких можна назвати В.М. Карагодіна, Є.У. Бабаєву, С.Ю. Журавльова, А.Ю. Головкіна, В.Г. Гончаренка і Ф.М. Сокирана, А.Ф. Волобуєва, В.П. Корж, Г.О. Зоріна, В.Д. Берназа, В.К. Лисиченка, Р.М. Шеханцова та інших.

Однак у теорії криміналістики дотепер не вироблено загальноприйнятого визначення поняття діяльності злочинців та інших зацікавлених осіб щодо протидії розслідуванню. Як правило у публікаціях різних авторів описуються лише загальні рекомендації щодо виявлення, нейтралізації й попередження відомих слідчій практиці форм протидії безвідносно до певного виду, групи злочинів[1]. Однак спробуємо дослідити та визначити поняття та форми протидії розслідуванню злочинів, передбачених ст. 175 КК України (невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат).

Найбільш правильним та змістовно повним видається позиція вже згадуваних В.К. Лисиченка та Р.М. Шехавцова, які пропонують розглядати під протидією розслідуванню своєрідний вид цілеспрямованої активності суб'єктів злочину, інших зацікавлених осіб, яка виражається у вигляді окремих умисних дій або наперед спланованої складної низки різних дій з метою досягнення поставленої мети щодо приховування, зміни, знищення інформації, що має доказове значення, а також її носіїв і перешкоджання розслідуванню та встановленню причетних до злочину осіб.

Протидія розслідуванню зовнішньо виражається в певних формах[2]. Проведене узагальнення слідчої та судової практики розслідування злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати, дозволяє виокремити різні форми протидії розслідуванню у цьому виді злочинів.

Так, за спрямованістю дій – приховування даних про подію злочину та причетних до нього осіб (60%) і втручання в розслідування злочину з метою

© Фігурський В., 2014

[1] Як виняток із цього можна назвати дослідження, виконане В.К. Лисиченком та Р.М. Шеханцовим: «Основи подолання протидії розслідуванню корисливо-насильницьких злочинів, вчинених організованими групами, злочинними організаціями».

[2] Форма протидії – це вид активної поведінки протидіючого суб'єкта, у якій у певних ознаках, що проявляються зовні, відбиваються його психофізіологічні реакції на ситуацію, що склалася, при вчиненні злочину або в ході його розслідування.

примушення працівників органу досудового розслідування, прокуратури до прийняття рішень і провадження слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, що не відповідають процесуальним вимогам (про закриття кримінального провадження, перекваліфікацію дій осіб тощо) (40%).

Найхарактернішими способами приховування злочинів у провадженнях аналізованої категорії є:

- намагання повністю чи частково знищити сліди злочину – внести зміни в документацію, що стосується руху коштів на рахунках та по касі підприємства, установи, організації, боргу підприємства з податків та зборів до бюджетів різних рівнів та державних цільових фондів, розміру кредиторської та дебіторської заборгованості та ін. Можливість приховання слідів вказаними способами в досліджуваному виді злочинів ускладнюється тим, що документи господарської звітності виготовляються, як правило, в кількох екземплярах, одні з яких зберігаються в податкових державних органах, в банках, в спеціальних цільових державних фондах тощо;

- здійснення психологічного, фізичного впливу на працівників, щоб запобігти їх зверненню до правоохоронних органів.

Втручання в розслідування у провадженнях про злочини, пов'язані з невиплатою заробітної плати, найчастіше може виражатися в таких діях:

- давання свідомо неправдивих показань: свідками, потерпілими, підозрюваними (24,4%);

- відмова від давання показань тими ж суб'єктами, зміна показань (5,6%);

- здійснення психологічного впливу на потерпілих під час кримінального провадження з метою схилення їх до давання неправдивих показань шляхом погроз життю і здоров'ю, знищення належного їм майна (5,6%);

- фізичний вплив на потерпілих під час розслідування злочину з метою схилення їх до неправдивих показань (1,1%);

- вчинення психологічного впливу на свідків у ході розслідування з метою схилення їх до давання неправдивих показань шляхом погроз їх життю і здоров'ю, знищення належного їм майна (3,3%);

- підкуп із метою схилення до давання неправдивих або відмови від давання показань (висновку) потерпілих, свідків, експертів (10%);

- здійснення психологічного впливу на слідчого, прокурора, керівника органу досудового розслідування, працівника оперативного підрозділу шляхом погроз їх життю і здоров'ю, їх родичам з метою схилення їх до закриття кримінального провадження або до вчинення інших процесуальних дій на користь підозрюваного (2,2%);

- приховування, знищення чи фальсифікація винуватими та іншими зацікавленими особами відповідної документації про фінансово-господарську діяльність підприємства, установи, організації чи громадянина-суб'єкта підприємницької діяльності та інших речових доказів (31,2%);

- схилення посадових осіб правоохоронних органів до прийняття незаконних і необґрунтованих рішень про закриття кримінального провадження чи інших незаконних і необґрунтованих рішень (13,3%);

- звернення близьких родичів підозрюваного, інших зацікавлених осіб та самих підозрюваних із заявою до прокуратури, інших правоохоронних органів або в засоби масової інформації про вимагання хабара, що нібито мало місце з боку осіб, які здійснюють розслідування у кримінальному провадженні, та з іншими повідомленнями дискреційного характеру на їх адресу з метою усунення слідчого чи інших осіб від розслідування конкретного злочину (2,2%);

- невиконання законних вимог слідчого або іншої особи, що здійснює кримінальне провадження (найпоширенішими випадками є нез'явлення на виклик слідчого, ненадання на його вимогу необхідних документів та відомостей тощо) (1,1%).

Залежно від характеру взаємодії особи, яка вчинила злочин, з конкретними носіями інформації, що має доказове значення – виокремлюють протидію розслідуванню безпосередню (здійснення підозрюваним психологічного впливу на потерпілого, свідків з метою примушення їх до давання неправдивих показань або відмови від давання показань тощо) (75%) і опосередковану, коли такі дії вчиняються через осіб, не пов'язаних із вчиненням злочину (підкуп потерпілого близькими родичами підозрюваного з метою примушення його до давання неправдивих показань) (25%).

Залежно від видів суб'єктів протидії розслідуванню – протидія виходить або від осіб, пов'язаних з подією злочину (77,7%) (підозрюваних – 74,4%, свідків та потерпілих – 3,3%), або осіб, не пов'язаних з подією злочину (22,3%) (близьких родичів, знайомих підозрюваних – 5,6%, зацікавлених у результатах розслідування осіб, які здійснюють і беруть участь у розслідуванні злочину (слідчі, прокурори, керівники органів досудового розслідування, працівники оперативних підрозділів, спеціалісти, експерти тощо) – 8,9%, захисника – 7,8%).

За кількістю суб'єктів протидія розслідуванню злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати, може бути здійснена як однією особою (керівником підприємства, установи, організації чи громадянином-суб'єктом підприємницької діяльності) (77%), групою осіб (керівником підприємства, установи, організації чи громадянином-суб'єктом підприємницької діяльності та головним бухгалтером, бухгалтером, касиром, власником тощо) (22%) так і організованими групами та злочинними організаціями (що в практиці розслідування цього виду злочинів зустрічається вкрай рідко – 1% вивчених випадків).

Залежно від об'єктів протидія розслідуванню буває у формі впливу як на фізичних осіб (потерпілих, свідків, слідчого, прокурора, керівника органу досудового розслідування, працівників оперативних підрозділів, експертів, ревізорів, членів їх сімей) (88,8%), так і на предмети матеріального світу, що є джерелом інформації, яка має доказове значення (в досліджуваному виді злочинів мова йде, насамперед, про документи) (11,1%).

За кількістю об'єктів впливу протидія розслідуванню буває простою – шляхом впливу на один об'єкт (лише на одного свідка з метою примусити його до давання неправдивих показань) (5%) і складною – на два і більше об'єкти (наприклад, коли мова про невиплату заробітної плати чи інших установлених законом виплат кільком працівникам чи всьому трудовому колективу, вплив здійснюється відповідно на кількох або всіх свідків чи потерпілих) (95%).

Залежно від наявності впливу з боку зацікавлених осіб на носії інформації, яка має доказове значення, протидія розслідуванню може бути активною, тобто, безпосередньо пов'язаною із впливом на джерела інформації, яка має доказове значення (наприклад, здійснення фізичного або психологічного впливу на свідків, потерпілих з метою схилення їх до відмови або давання неправдивих показань, знищення слідів злочину) (55%), і пасивною – прямо не пов'язаною із впливом на її носії (наприклад, приховування обізнаності про обставини вчинення злочину, відмова від давання показань, непред'явлення на вимогу органів досудового розслідування речей, документів, нез'явлення свідка за викликом до органу досудового розслідування) (45%).

Між тим, поряд з чітким визначенням поняття протидії розслідуванню, її видів і форм, встановленням причетних до неї осіб та їх можливостей перешкоджати виявленню й розслідуванню конкретних злочинів, важливе практичне значення має розроблення правових і криміналістичних заходів з її подолання, на що буде звернено увагу у наступних наукових публікаціях.

РОЗГЛЯД І ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Х. Ханас

Львівський національний університет імені Івана Франка

Судовий розгляд є центральною частиною кримінального провадження, оскільки саме тут безпосередньо досліджуються і перевіряються всі обставини, дається оцінка всім доказам, на підставі чого виноситься головне рішення про винність або невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення і вирішується цивільний позов. На цій стадії також найбільшою мірою реалізуються права всіх учасників провадження, у тому числі й цивільного позивача та відповідача.

В ході судового розгляду цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники користуються своїми правами на рівні з іншими учасниками провадження, тому разом з ними вони: 1) беруть участь у допиті підсудного, свідків, потерпілого (після прокурора, захисника, потерпілого); 2) пропонують свої питання експертам і беруть участь в їх допиті; 3) ознайомлюються з речовими доказами і можуть звертати увагу суду на ті чи інші обставини, пов'язані з річчю та її оглядом; 4) виступають у судових дебатах для обґрунтування цивільного позову; 5) оскаржують вирок, ухвалу суду в частині, що стосується цивільного позову та інші. Обсяг участі цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників у дослідженні доказів визначається питаннями, що стосуються цивільного позову, але це не означає, що вони не можуть надавати докази, що свідчать про винність підсудного. Проте робиться це з метою підтвердження або

© Ханас Х., 2014

заперечення майнової, цивільної за своєю природою, а не кримінальної відповідальності обвинуваченого. Шляхом реалізації всіх цих прав цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники беруть участь у з'ясуванні всіх обставин у кримінальному провадженні, сприяють формуванню у суддів внутрішнього переконання, на підставі якого суд в подальшому ухвалить рішення за позовом, а також отримують можливість обґрунтовувати заявлені вимоги шляхом подання доказів та заперечувати проти них (ст.ст. 42, 56 КПК).

У процесі судового розгляду виникає необхідність в отриманні від цивільного позивача, цивільного відповідача та їх представників пояснень про розмір позовних вимог, про зміст тих чи інших доказів, про зв'язки між різними доказами і т.д. Статті 56 та 42 КПК наділяють цивільного позивача та відповідача правами, які відповідно належать потерпілому та підозрюваному, обвинуваченому в частині, що стосується цивільного позову, передбачають права давати пояснення, показання по суті пред'явленого позову чи відмовитися їх давати. Разом з тим, було б доцільним передбачити у КПК не лише такі права цивільного позивача та відповідача, а й можливість їх допиту іншими учасниками, а також визнати показання таких суб'єктів джерелами доказів і передбачити норми в кримінальному процесуальному законодавстві України, що регулюють порядок їх допиту.

Підсумки судового розгляду щодо цивільного позову підводяться у виступах цивільного позивача і цивільного відповідача та їх представників у судових дебатах. Відповідно до ч. 1 ст. 364 КПК цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач, його представник беруть у них участь після промов прокурора, потерпілого, його представника та законного представника, але перед обвинуваченим, його законним представником, захисником. Якщо цивільний позов заявив прокурор в інтересах держави або в інтересах громадян у випадках, передбачених ч. 3 ст. 128 КПК, він у своїй промові також обґрунтовує позов, його підстави та розмір відшкодування. Від активності прокурора в судовому розгляді та від його відношення до цього питання в судових дебатах значною мірою залежить ухвалення судом рішення щодо цивільного позову. У випадку наявності в кримінальному провадженні кількох обвинувачених чи цивільних відповідачів прокурор повинен висловитися з питання про застосування солідарної або часткової відповідальності, підкресливши при цьому, з кого із обвинувачених і цивільних відповідачів та яка саме сума повинна бути стягнута, а також вказати можливі джерела відшкодування заподіяної шкоди. На закінчення своєї промови прокурор повинен вимагати задоволення позову або ж відмову в ньому.

У своєму вироку суд може прийняти одне з таких рішень щодо цивільного позову: 1) задовольнити цивільний позов повністю; 2) задовольнити цивільний позов частково; 3) відмовити у позові; 4) залишити позов без розгляду (ст. 129 КПК). Рішення щодо позову є складовою, невід'ємною частиною вироку і безпосередньо залежить від вирішення питання про винність обвинуваченого. Вирішувати цивільний позов будь-яким іншим процесуальним документом, окрім вироку, неприпустимо. Рішення за цивільним позовом ухвалюється тільки після вирішення всіх основних питань, що стосуються обвинувачення, особливо питання про винність. Після цього суд вирішує питання, що стосуються цивільного позову, його підстави і предмета, а саме: чи заподіяно потерпілому шкоду;

чи є ця шкода наслідком вчинення кримінального правопорушення, яке є предметом розгляду даного провадження; чи підлягає відшкодуванню така заподіяна шкода; розміри заподіяної шкоди, межі та способи її відшкодування; хто повинен нести обов'язок із відшкодуванню шкоди, і в яких межах.

У справах про застосування примусових заходів виховного характеру суд стягує з фізичних та юридичних осіб – цивільних відповідачів, відповідальних за шкоду, заподіяну суспільно небезпечним діянням неповнолітнього у віці від одинадцяти років до досягнення віку, з якого настає кримінальна відповідальність (малолітньої особи), заподіяну ним шкоду, якщо вони не доведуть, що шкода заподіяна не з їх вини (ч.ч. 1, 2, 3 ст. 1178 ЦК). У справах про застосування примусових заходів медичного характеру шкода, заподіяна неосудною або обмежено осудною особою, яка в момент її заподіяння не усвідомлювала значення своїх дій та/або не могла керувати ними, за загальним правилом, не відшкодовується. Але з урахуванням матеріального становища потерпілого та особи, яка завдала шкоди, суд може, постановляючи ухвалу про застосування примусових заходів медичного характеру, стягнути з неї шкоду частково або в повному обсязі. Якщо ж зазначена особа, яка завдала шкоди, сама довела себе до стану, в якому вона не усвідомлювала значення своїх дій та/або не могла керувати ними, в результаті вживання нею спиртних напоїв, наркотичних засобів, токсичних речовин тощо, шкода, заподіяна нею, відшкодовується на загальних підставах (ч. 1 ст. 1186 ЦК).

ІНІЦІАТИВА СУДУ ЩОДО ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ ПІД ЧАС СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

М. Шевчук

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. В умовах розвитку змагальних засад кримінального судочинства обґрунтовано повстає питання про уточнення меж реалізації судом дискреційних повноважень, пов'язаних із збиранням доказів при розгляді кримінальних справ. Щодо цього в теорії кримінального процесу точки зору вчених розділилися. Одна група процесуалістів обстоює ідею необхідності наділення суду такими повноваженнями, завдяки яким він зможе брати активну участь у доказуванні; друга група вважає, що роль суду обов'язково мусить бути пасивною, оскільки в змаганні сторін він має бути арбітром, який створює необхідні умови для реалізації ними своїх прав і виконання процесуальних обов'язків. У юридичній літературі можна також зустріти думки, в яких учені намагаються синтезувати перші дві точки зору і знайти щось середнє між ними: суд повинен бути процесуально активним, але в межах пред'явленого обвинувачення й поданої сторонами доказової бази.

© Шевчук М., 2014

2. Виключення новим КПК України суду із числа суб'єктів, які мають право з власної ініціативи збирати докази в кримінальному провадженні (ст. 93 КПК України), ще більше загострило дискусію щодо ступеня активності суду в процесі одержання, перевірки й оцінки доказів. Прибічники так званої «чистої» змагальності сприймають суд як такого собі рефері, котрий уважно, але пасивно стежить за протиборством учасників процесуального поєдинку, щоб після його закінчення проголосити переможця. Будь-яка активність суду розцінюється ними як зазіхання на принцип змагальності, прояв суддею зацікавленості у вирішенні справи на користь однієї із сторін. Їхні опоненти, відстоюють право суду на певну ініціативу в доказовій діяльності детерміновану обов'язком правильного вирішення справи й ухвалення законного та обґрунтованого рішення. За великим рахунком квінтесенцією полеміки, як видається, є питання щодо того, чи повинен суд встановлювати істину у справі чи визначати переможця у змаганні, і таким чином вирішувати справу на підставі наданих сторонами доказів. Відповідь на це питання визначається головною метою правосуддя.

3. За КПК України від 28.12.1960 року ступінь активності суду при провадженні кримінальної справи визначалася низкою норм. Це зокрема норми щодо порушення кримінальної справи судом, повернення справи на додаткове розслідування, надання судових доручень органам, які проводять попереднє розслідування, про виконання ними слідчих дій у справах, які знаходяться в суді, оголошення за власною ініціативою суду показань підсудного, вручення копії обвинувального висновку підсудному, продовження розгляду справи у разі відмови прокурора від обвинувачення і за умови підтримання обвинувачення потерпілим, витребування нових доказів за власною ініціативою тощо. Але в таких випадках суд переймає на себе обвинувальну функцію прокуратури, яка від імені держави має давати юридичну оцінку діям особи, яка вчинила злочин і підтримувати обвинувачення в суді.

4. На сьогодні в певній мірі позитивно змінилося відношення розробників нового кримінально-процесуального законодавства стосовно активності суду в процесі доказування. Норми нового КПК України закріплюють менш активне положення суду, як гаранта змагальності в судовому розгляді кримінальних справ. Чинний КПК України ліквідував інститут дослідчої перевірки та стадію порушення кримінальної справи, а кримінальне провадження автоматично розпочинається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Істотним прогресом також стала відмова від інституту повернення справи на додаткове досудове слідство оскільки така процедура повністю порушує презумпцію невинуватості осіб, передбачену статтею 69 Конституції України. Відповідно до нового КПК України суд обмежений в праві самостійно збирати докази. Збирання і подання суду доказів здійснюється сторонами кримінального провадження.

5. Разом з тим, відповідно до ст. 321 КПК України 2012 року суд зобов'язаний спрямовувати судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, усуваючи з судового розгляду все, що не має значення для кримінального провадження. Іншими словами, суд повинен

з'ясувати і дослідити докази, які подані як стороною обвинувачення, так і стороною захисту. Отже, як учасник процесу доказування, суд має процесуальний статус, відмінний від статусу сторін, він виконує роль безстороннього арбітра, який, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, зобов'язаний створювати необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків. Він забезпечує нагляд за додержанням процесуальних гарантій для сторін і прагне досягнення істини у встановленні обставин справи, тоді як сторона обвинувачення прагне довести свою обвинувальну тезу, а сторона захисту прагне її спростувати чи пом'якшити.

6. Проте, деякі регламентовані КПК України повноваження головуючого (суду) вступають у колізію із засадою «чистої» змагальності у судовому розгляді, оскільки вони звужують активність сторін в реалізації своїх безпосередніх функцій в судовому розгляді. Так, скажімо, чи можна віднести такі повноваження головуючого (суду) як роз'яснення обвинуваченому суті обвинувачення (ст. 348); визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню та порядку їх дослідження (ст. 349); проведення повторного допиту свідка за ініціативою суду, проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних учасників кримінального провадження (свідків, потерпілих, обвинувачених) за ініціативою суду (ст. 352); проведення огляду місця події лише у випадку, коли суд визнає це за необхідне (ст. 361); проведення додаткової експертизи в процесі судового розгляду за ініціативою суду (ст. 332); формування судом кола питань, які він ставить перед експертом з власної ініціативи (ст. 332), до таких, які спрямовані на реалізацію принципу змагальності, а також на забезпечення рівних прав та рівних можливостей реалізації цих прав сторонами? На перший погляд ці повноваження суду конфліктують із засадою змагальності, проте це не так.

7. Закріпивши обов'язок суду створити необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав (ст. 22, 93 КПК України), законодавець допускає право суду з метою перевірки доказів при необхідності за власною ініціативою одержувати додаткові докази. Суд може винести рішення про винність обвинуваченого лише на основі належних, допустимих, достовірних та достатніх у їх взаємозв'язку доказів (ст.ст. 94, 370 КПК України). Тобто, він не має права в ім'я неупередженості жертвувати встановленням істини у справі і бути зв'язаним виключно доказами, наданими сторонами. Він може одержувати нові докази з метою перевірки належності, допустимості та достовірності доказів, поданих сторонами кримінального провадження, і тим самим спрямувати судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, усуваючи з судового розгляду все, що не має значення для даного кримінального провадження.

8. У змагальному процесі суд не повинен бути законодавчо «обтяженим» обов'язком по збиранню доказів, але він має перевіряти ті докази, які надані сторонами. Перевірка доказів є елементом доказування, тобто всі зібрані у справі докази повинні об'єктивно перевіряти слідчий, прокурор і суд. Перевірка (дослідження) доказів провадиться шляхом їх аналізу, зіставлення з іншими доказами, а також шляхом проведення додаткових слідчих чи судових дій з метою відшукан-

ня нових доказів, підтвердження або, навпаки, спростування доказів, вже зібраних у справі. Крім того, перевірка доказів провадиться з метою з'ясування питання про їх достовірність. Реалізація вищевказаних повноважень суду повинна бути направлена на перевірку поданих сторонами конкретних доказів (їх належності, допустимості та достовірності) і не повинна мати за мету заповнення прогалин досудового розслідування справи та неповноти судового дослідження основних питань кримінальної справи стосовно винуватості обвинуваченого та кримінально-правової кваліфікації злочину. Іншими словами, перевірка доказів полягає в дослідженні останніх з метою визначення їх належності, достовірності, допустимості та достатності. Вона здійснюється за допомогою розумової діяльності шляхом проведення нових чи додаткових судових практичних дій. Отже, рівень активності суду має бути достатнім і необхідним для ухвалення законного й обґрунтованого вироку або будь-якого іншого рішення суду.

9. Аналіз норм КПК України 1960 року та норм КПК України 2012 року, дав підставу для висновку, що з набранням чинності нового КПК України ініціатива суду щодо дослідження доказів під час судового розгляду кримінальної справи значно зменшилася, внаслідок чого змінилася роль суду в дослідженні доказів під час судового розгляду. Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року регламентує, що всі заходи, які вживаються для встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, та їх покарання, зобов'язані здійснити органи дізнання, слідчий, прокурор та суд (ст. 4). КПК України 1960 року також покладав обов'язок доказування всіх обставин справи на вказаних суб'єктів (ч. 2 ст. 22). Тобто, в Україні до набрання чинності КПК України від 13.04.2012 р. була модель суду відносно-активною. Проте, згідно з чинним КПК України 2012 року обов'язок доказування вищезазначених обставин покладається на слідчого, прокурора та у випадках установлених цим Кодексом, – на потерпілого. КПК України від 2012 року наділяє суд відносно-пасивним положенням у процесі доказування. Так, при відносно-пасивній моделі присутні певні елементи активного суду, оскільки саме на суд покладається відповідальність за законність та обгрунтованість рішень, що виносяться в стадії судового розгляду, у зв'язку з цим він не може бути зв'язаний тією сукупністю доказів, які були надані сторонами. При цьому сутність змагальної побудови кримінального процесу не буде порушуватися. При відносно-пасивній моделі суд вправі збирати докази, якщо це є необхідним для перевірки належності та допустимості доказів наданих стороною, та для встановлення точних даних щодо підсудного. Тобто збирання доказів є правом суду, а не його обов'язком.

ЗМІСТ

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Бризіцький М.
ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЛОБІЮВАННЯ
У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА 3

Гайова О.
ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА 5

Галецька Н.
ФОРМА НАЦІОНАЛЬНОЇ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ:
ПОНЯТТЄВО-ТЕРМІНОЛОГІЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 8

Гарасимів О.
ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СУД З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ
ЗАКОНОДАВЧИХ ПРАВОЗАХИСНИХ ГАРАНТІЙ В УКРАЇНІ 11

Горбань М.
ПРАВОКОНКРЕТИЗАЦІЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ СУДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 14

Грищук О.
ГУМАНІЗМ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА 17

Добрянський С.
ХАРТІЯ ОСНОВНИХ ПРАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ
ЯК ФАКТОР МОДЕРНІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ 21

Дудаш Т.
СКЛАД ЮРИДИЧНОЇ ЛЕКСИКИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ 24

Заплотинська Ю.
КОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ТА ЗАКОННІСТЬ ЯК ОЗНАКИ НОРМАТИВНО-
ПРАВОВИХ АКТІВ КАБІНЕТУ МІНІСТРІВ УКРАЇНИ 26

Клабан В.
ДЖЕРЕЛА ПРАВА ЧЕСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 29

Луць Л.
СУЧАСНА ВІТЧИЗНЯНА ЮРИДИЧНА НАУКА: МІФИ ТА РЕАЛЬНІСТЬ 31

Монастирський О.
НОРМАТИВНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ В УКРАЇНІ: СУЧАСНІ РЕАЛІЇ 34

Настасяк І.
ОСОБЛИВОСТІ ЗМІШАНОГО ТИПУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ
В КОНТЕКСТІ ПРАВОВОЇ ІНТЕГРАЦІЇ 38

Ничка Ю.
ГАЛУЗЕВІ ПРИНЦИПИ ПРАВА: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 40

Раданович Н.
ЗАГАЛЬНОДОЗВОЛЕННИЙ ТИП ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ:
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ХАРАКТЕРИСТИКИ 43

Ратушна Б.
ДО ПИТАННЯ ПРО ДОКАЗОВІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ
У СУДОВОМУ ПРАВОЗАСТОСУВАННІ УКРАЇНИ 46

Стецик Н.
ДЖЕРЕЛА ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ:
ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 48

Хомюк Н.
ЮРИДИЧНА ПРИРОДА СУЧАСНОЇ СИСТЕМИ ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ 51

Шевчук І.
ОСНОВНІ ВИДИ ПРАВОТВОРЧИХ ПОМИЛОК
У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ 54

Щирба М.
ПРИПИНЕННЯ ДІЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ:
ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ 57

Юхимюк О.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПРАВА
ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ 61

Ярмола А.
ПРОЦЕСУАЛЬНІ КОДЕКСИ УКРАЇНИ: ОСНОВНІ ДЕФЕКТИ
ТА СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ 64

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Андрусяк Т.
РОЛЬ ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ
У ФОРМУВАННІ ПРАВОВОЇ ДУМКИ 68

Бедрій М.
ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОЇ РИТОРИКИ
В УКРАЇНСЬКОМУ КОПНОМУ СУДОЧИНСТВІ (XIV–XVIII ст.) 72

Бойко І.
ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО ЯК ДЖЕРЕЛО УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА 75

Ванієв Е.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МЕЖУВАННЯ ЗЕМЕЛЬ
В ТАВРІЙСЬКІЙ ОБЛАСТІ НА ПОЧАТКУ XIX ст. 79

Кахнич В.
РЕФОРМИ В ПРАВОВІЙ ОСВІТІ ТА НАУЦІ
У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ В ПЕРІОД ПРАВЛІННЯ ГАБСБУРГІВ 82

Кобилецький М.
ПРАЦІ ЙОГАНЕСА ФОН БУХА ТА ЇХ РОЛЬ У ПОШИРЕННІ
РИМСЬКОГО ПРАВА У ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНІЙ ЄВРОПІ 84

Ковалик Г.
ОЗНАКИ ПРЕДІАЛЬНИХ СЕРВІТУТІВ
У РИМСЬКОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ 87

Коваль А.
ЗАРОДЖЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПОЛІТИЧНИХ ТА ПРАВОВИХ ІДЕЙ
У СТАРОДАВНІЙ ГРЕЦІЇ (ВІД ГОМЕРА ДО СОКРАТА) 90

Кольбенко А.
ПОДАТКОВІ ВІДНОСИНИ У АНТИЧНИХ КРАЇНАХ ГРЕЦІЇ ТА РИМУ 94

Липитчук О.
СИСТЕМА ПОКАРАНЬ ПІСЛЯ СУДОВОЇ РЕФОРМИ 1864 р. В РОСІЇ..... 97

Миньо М.
ФОРМА ДОГОВОРУ НАЙМУ ЗА РИМСЬКИМ ПРАВОМ 101

Моряк-Протопопова Х.
ДЕРЖАВНО-ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК ГРЕЦІЇ У ХХ ст. 103

Паславська Н.
АКТИ ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ
ФЕДЕРАТИВНОЇ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА 108

Ригіна О.
США: ЕВОЛЮЦІЯ РАСОВОЇ ІНТЕГРАЦІЇ ШКІЛ
ПІСЛЯ ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ РІШЕНЬ ВЕРХОВНОГО СУДУ
У СПРАВАХ «БРАУН І» І «БРАУН ІІ» 110

Семків В.
НОВИЗНА ІСТОРИКО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ:
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ 114

Сирко М.
СИСТЕМА РЕЧОВИХ ПРАВ
ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ НАПОЛЕОНА БОНАПАРТА 1804 р. 116

Тищик Б.
«СТАТТІ КОНФЕДЕРАЦІЇ» США (1781 р.) ТА ЇХ МІСЦЕ
У РОЗВИТКУ АМЕРИКАНСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ 120

Федущак-Паславська Г.
ПРАВОВІ ЗАСОБИ У ДІЯЛЬНОСТІ РИМСЬКИХ ПРЕТОРІВ 124

Холодницький Н.
ЕДМУНД РЕНДОЛЬФ (1753–1813 рр.) –
ПЕРШИЙ ГЕНЕРАЛЬНИЙ ПРОКУРОР США 126

Шандра Р.
КОНЦЕПЦІЇ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ТА КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 130

Шуп'яна М.
КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ТЯЖКІ ЗЛОЧИНИ ЗА АВСТРІЙСЬКИМ КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XIX ст. 132

Шутко Н.
ЦИВІЛЬНИЙ КОДЕКС ЗАХІДНОЇ ГАЛИЧИНИ 1797 р.: ПРИЙНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА 136

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Бедрій Р.
КОМУНАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ В УКРАЇНІ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ 140

Бориславська О.
СУТНІСТЬ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ З ПОЗИЦІЙ ТЕЛЕОЛОГІЧНОГО ПІДХОДУ 142

Бориславський Л.
ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИНЦИПУ ВЗАЄМНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ТА ЛЮДИНИ 145

Гураль П.
НАЦІОНАЛЬНА ІДЕЯ І МОДЕРНІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ 148

Кобрин В.
КВАЛІФІКАЦІЙНІ ВИМОГИ ДО КАНДИДАТІВ НА ПОСАДУ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 152

Мочульська М.
ПРАВОВА ДОКТРИНА У ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ 154

Панкевич І.
ВИБОРЧІ СИСТЕМИ В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ 157

Рабінович С.
ФАКТИЧНА КОНСТИТУЦІЯ ЯК СКЛАДОВА ПРЕДМЕТУ СОЦІОЛОГІЇ КОНСТУЦІЙНОГО ПРАВА 160

Софінська І.
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ 163

Тищук Т.
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕРЕАЛІЗАЦІЮ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ 166

Чорненький В.
КОНСТИТУЦІЙНА ЕКОНОМІКА: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ 168

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

Березовська І.
НЕЗАКОННИЙ ЗБІР ТА ВИКОРИСТАННЯ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ КОРИСТУВАЧІВ СОЦІАЛЬНИХ МЕРЕЖ ЯК ЗАГРОЗА ІНФОРМАЦІЙНІЙ ТА НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ УКРАЇНИ 171

Ільницький О.
ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ АСПЕКТІВ СИСТЕМИ УПРАВЛІННЯ БЮДЖЕТНИМИ КОШТАМИ З ПОЗИЦІЙ ДОТРИМАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 173

Кіт Х.
ЗУСТРІЧНИЙ ПОЗОВ: ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ 178

Коцовська О.
НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ ЯК АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСОБИ ОХОРОНИ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ 181

Коцюруба О.
ФОРМИ БЮДЖЕТНОГО ФІНАНСУВАННЯ СОЦІАЛЬНИХ ПОСЛУГ, ЯКІ НАДАЮТЬСЯ ГРОМАДСЬКИМИ ОБ'ЄДНАННЯМИ 184

Мостовий А.
МИТНА ВАРТІСТЬ ТОВАРІВ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ 186

Пілат Є.
ОСНОВНІ ЗАГРОЗИ ІНФОРМАЦІЙНІЙ БЕЗПЕЦІ ДЕРЖАВИ 189

Полянський Т.
СОЦІАЛЬНЕ ПІДПРИЄМНИЦТВО В УКРАЇНІ: ОПТИМАЛЬНІ ЮРИДИЧНІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНІ СПОСОБИ ФУНКЦІОНУВАННЯ 192

Прус В.
ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ ЕЛЕМЕНТІВ ЕЛЕКТРОННОЇ ДЕМОКРАТІЇ В УКРАЇНІ 194

Самагальська Ю.
ПРИЙНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО АКТА ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ЗДІЙСНЕННЯ ІНСПЕКЦІЙНИХ ЗАХОДІВ 197

Ткач Г.
ВИМОГИ ДО ПРОФЕСІЙНОЇ КОМПЕТЕНТНОСТІ ОСОБИ,
ЯКА ПРЕТЕНДУЄ НА ЗАЙНЯТТЯ ПОСАДИ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ..... 200

Школик А.
КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ 204

Янюк Н.
ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО ВСТУПУ НА ДЕРЖАВНУ СЛУЖБУ
ЗА НОВИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ 206

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

Верес І.
АУДІОВІЗУАЛЬНИЙ ТВІР ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА..... 210

Герц А.
ПРАВО НА ІНФОРМАЦІЮ ПРО СТАН СВОГО ЗДОРОВ'Я
ЯК ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО 212

Гнатів О.
ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ АКЦІОНЕРІВ..... 214

Квіт Н.
ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ..... 216

Коссак В.
УНІФІКАЦІЯ ДОГОВІРНОГО ПРАВА УКРАЇНИ В СФЕРІ
ЗОВНІШНЬОТОРГОВЕЛЬНИХ ВІДНОСИН..... 219

Михайлів М.
ОСОБЛИВОСТІ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ
ТА ІНШИХ РЕЧОВИХ ПРАВ, ВІДОМОСТІ ПРО ЯКІ ПІДЛЯГАЮТЬ
ВНЕСЕННЮ ДО ДЕРЖАВНИХ РЕЄСТРІВ 222

Саванець Л.
СТОРОНИ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ БЕЗДОКУМЕНТАРНИМИ
ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ 225

Тарасенко Л.
ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА КОМУНАЛЬНИХ ПІДПРИЄМСТВ 227

Шама Н.
ПРОБЛЕМИ СПАДКУВАННЯ ПРАВА НА ВКЛАД..... 231

Яворська О.
ПРИНЦИПИ СПРАВЕДЛИВОСТІ, ДОБРОСОВІСНОСТІ, РОЗУМНОСТІ
ТА ЇХ ВТІЛЕННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ 234

Якубівський І.
ЗМІСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ..... 238

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Бук М.
ПРАВО ІНВАЛІДІВ НА СОЦІАЛЬНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ 241

Бурак В.
РОЛЬ ПРОФСПІЛОК В СИСТЕМІ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРАЦІВНИКІВ ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 243

Ващишин М.
ЕКОЛОГІЧНА МЕРЕЖА ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 246

Гірник О.
ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ОПЛАТНІСТЬ СОЦІАЛЬНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ В УКРАЇНІ 249

Мак Л.
ПОНЯТТЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ЯК ГАЛУЗІ ПРАВА 252

Низкогуз Н.
ПРОЦЕДУРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ: ПОНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРНІ ОЗНАКИ 256

Парпан Т.
СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ У ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ НАДОМНИХ ПРАЦІВНИКІВ 259

Пилипенко П.
ЩОДО ПРИВЕДЕННЯ У ВІДПОВІДНІСТЬ ДО ВИМОГ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАЙНЯТІСТЬ НАСЕЛЕННЯ 262

Рушинець Ю.
ПОНЯТТЯ ТА СКЛАД ЗБИТКІВ, ЩО ВІДШКОДОВУЮТЬСЯ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ 265

Стасів О.
КОНСТИТУЦІЙНА ЗАБОРОНА ПРИМУСОВОЇ ПРАЦІ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ 267

Федорович В.
ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ В УКРАЇНІ 269

Чернявська Г.
ДО ПИТАННЯ ПРО ПРОЦЕДУРНІ ПРАВОВІДНОСИНИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ГАЛУЗЕВОГО ПРАВОВОГО СТАТУСУ 271

Чопко Х.
ТАКСИ ЯК ОДИН ІЗ СПОСОБІВ КОМПЕНСАЦІЇ
ЗАВДАНОЇ ДОВКІЛЛЮ ШКОДИ В ГРОШОВОМУ ВИРАЗІ 275

Швець Д.
ПОНЯТТЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ СПРИЯННЯ
ЗАЙНЯТОСТІ НАСЕЛЕННЯ 276

Шпарик Н.
МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ В ГАЛУЗІ ОХОРОНИ ДОВКІЛЛЯ
І НАЦІОНАЛЬНЕ ЕКОЛОГІЧНЕ ЗАКОНОДАВСТВО 279

**СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО,
КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА
ТА КРИМІНОЛОГІЇ**

Боднарчук Р.
ДО ПИТАННЯ ПРО ОБ'ЄКТИВНУ СТОРОНУ УМИСНОГО
ЧИ НЕОБЕРЕЖНОГО ЗНИЩЕННЯ ЧИ ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА 283

Брух Х.
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ
В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ
РАДЯНСЬКОГО ПЕРІОДУ 286

Бурдін В.
ПРАВОВА ПРИРОДА ДОБРОВІЛЬНОЇ ВІДМОВИ ЗА КК УКРАЇНИ 290

Гриниха І.
ОКРЕМІ АСПЕКТИ ОПОСЕРЕДКОВАНОГО ВИКОНАННЯ ЗЛОЧИНУ
В ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА 294

Гуменюк Ю.
ПРИЧИНИ, ВНАСЛІДОК ЯКИХ ЗЛОЧИН НЕ БУЛО ДОВЕДЕНО
ДО КІНЦЯ, ЯК КРИТЕРІЙ ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ
ЗА НЕЗАКІНЧЕНИЙ ЗЛОЧИН 298

Довгань-Бочкова Н.
НАСИЛЬСТВО ЯК СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ В ІСТОРІЇ РОЗВИТКУ
ВІТЧИЗНЯНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 302

Ільницька С.
ДО ПИТАННЯ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ,
ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 109 КК УКРАЇНИ 306

Кондра О.
ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ 313

Марисюк К.
МІЖНАРОДНІ ТЮРЕМНІ (ПЕНІТЕНЦІАРНІ) КОНГРЕСИ
ДРУГОЇ СЕРІЇ (1872–1950 рр.) 317

Марін О.
ОСНОВНИЙ СКЛАД ЗЛОЧИНУ:
НЕДИФЕРЕНЦІЙОВАНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ 318

Маркін В.
УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ
ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ СВОБОДИ
ВІРОСПОВІДАННЯ: СУЧАСНІ ПІДХОДИ 322

Мелих Б.
ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ
ФАКТИЧНОЇ ПОМИЛКИ 326

Остапик Я.
НЕПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ЗЛОЧИН: ЧИ ДІЄ ПРИНЦИП
«НЕМА ЗЛОЧИНУ БЕЗ ЗАКОНУ»? 330

Палюх Л.
ДО ПИТАННЯ ПРО КЛАСИФІКАЦІЮ ЗЛОЧИНІВ
ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ 332

Панчак О.
ВИДАЧА ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ ЗЛОЧИНИ
ПОЗА МЕЖАМИ УКРАЇНИ, А ТАКОЖ ВИКОНАННЯ В УКРАЇНІ
ВИРОКУ ІНОЗЕМНОГО СУДУ ЧИ МІЖНАРОДНОЇ СУДОВОЇ УСТАНОВИ:
ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ 336

Сибаль О.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ОРГАНІЗАТОРІВ СПОРТИВНИХ ЗАХОДІВ, СПОРТИВНИХ СУДДІВ,
ТРЕНЕРІВ ТА ЛІКАРІВ ЗА ЗАПОДІЯННЯ ШКОДИ ЖИТТЮ
ТА ЗДОРОВ'Ю ОСОБИ ПІД ЧАС ЗАЙНЯТТЯ СПОРТОМ 341

Старосольська С.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ЗАКОНОДАВЧОЇ ПРОЦЕДУРИ
ЗАМІНИ ШТРАФУ БІЛЬШ СУВОРИМ ПОКАРАННЯМ 344

Хилюк С.
ПРАВИЛА ДІЇ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА В ЧАСІ
У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ 349

Ясеницький В.
КВАЛІФІКАЦІЯ НЕНАДАННЯ ДОПОМОГИ ХВОРОМУ
МЕДИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ ЗА ОЗНАКАМИ СУБ'ЄКТИВНОЇ
СТОРОНИ 351

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Анікіна Н.
СТАЖУВАННЯ ЯК УМОВА НАБУТТЯ ПРАВА НА ЗАНЯТТЯ АДВОКАТСЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЗА НОВИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ» 354

Багрій М.
СПОСТЕРЕЖЕННЯ ЗА ОСОБОЮ, РІЧЧЮ АБО МІСЦЕМ ЯК НЕГЛАСНА СЛІДЧА (РОЗШУКОВА) ДІЯ 356

Бойко В.
ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОГО ТА ПОТЕРПІЛОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ 360

Вітрук О.
ПІДСТАВИ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ПРОКУРОРОМ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 363

Волоско І.
СУД ПРИСЯЖНИХ В УКРАЇНІ: PRO ET CONTRA 365

Гузела М.
ПРОБЛЕМА ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ НЕДОПУСТИМИМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ТА ЗАРУБІЖНА ПРАКТИКА 367

Жолнович І.
ДЕЯКІ ПИТАННЯ КОНСТРУЮВАННЯ ТА ПЕРЕВІРКИ ВЕРСІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ СЛУЖБОВИХ ЗЛОЧИНІВ 372

Калужна О.
ТАКТИЧНЕ ЗАВДАННЯ І ТАКТИЧНЕ РІШЕННЯ: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ 375

Когутич І.
ПЕРСПЕКТИВНІ НАПРЯМИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИКИ 378

Куспись Б.
КОГО РОЗУМІЄ КПК УКРАЇНИ ПІД ВОЛОДІЛЬЦЕМ РЕЧЕЙ ТА ДОКУМЕНТІВ У ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ІНСТИТУТІ «ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО РЕЧЕЙ ТА ДОКУМЕНТІВ»? 381

Лепка Х.
ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ ДІЯННЯ, ЯК ПІДСТАВА ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СУДОМ 384

Луцик В.
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ 386

Максимишин Н.
ОСОБЛИВОСТІ ДОПИТУ В СУДІ МАЛОЛІТНЬОЇ
АБО НЕПОВНОЛІТНЬОЇ ОСОБИ 388

Мурадов В.
ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ
ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ 392

Нор В.
ПРАВОВІ УГОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
ЯК ВИД КОМПРОМІСНОГО ВИРІШЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО
ПРАВОПОРУШЕННЯ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ 395

Павлишин А.
ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТУ І МЕЖ ДОКАЗУВАННЯ
ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ 401

Ушков М.
СТРУКТУРА І ЗМІСТ ОКРЕМОЇ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ
КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ
З УЧАСТЮ ІНОЗЕМНИХ ГРОМАДЯН 405

Фігурський В.
СУТНІСТЬ ТА ФОРМИ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ ЗЛОЧИНІВ,
ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 175 КК УКРАЇНИ 408

Ханас Х.
РОЗГЛЯД І ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ 411

Шевчук М.
ІНІЦІАТИВА СУДУ ЩОДО ДОСЛІДЖЕННЯ ДОКАЗІВ
ПІД ЧАС СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ 413

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XX звітної
науково-практичної конференції

(6–7 лютого 2014 р.)

Ум. друк. арк. – 24,87. Обл.-вид. арк. – 30,26.
Тираж – 100 прим.

Надруковано малим видавничим центром юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
79000, м. Львів, вул. Січових Стрільців, 14.