

Львівський національний університет
імені Івана Франка

Юридичний факультет

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XXII звітної
науково-практичної конференції

Частина 2

4–5 лютого 2016 р.

Львів
2016

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XXII 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 4–5 лютого 2016 р.

Матеріали доповідей і повідомлень опубліковано в авторській редакції.

Редакційна колегія:

- проф. В.М. Бурдін (голова);
- доц. О.К. Марін (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

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXII звітної науково-практичної конференції (4–5 лютого 2016 р.): у 2 ч. Ч. 2. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2016. – 252 с.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ДЕЯКІ АСПЕКТИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ КАТЕГОРІЇ ЗЕМЕЛЬ ПРОМИСЛОВОСТІ, ТРАНСПОРТУ, ЗВ'ЯЗКУ, ЕНЕРГЕТИКИ, ОБОРОНИ ТА ІНШОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Барабаш Н

Львівський національний університет імені Івана Франка

Попри наявність закріпленої у земельному законодавстві України дефініції категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, проблем із розумінням сутності цього терміна та оперування ним на практиці законодавцю все ж таки не вдалося уникнути. Законодавче визначення поняття зазначених земель не характеризується досконалістю. Проведений аналіз проблем формування в законодавстві України ознак цієї категорії земель дозволяє виокремити такі дефекти визначення їх поняття, як неоднозначність термінології при формулюванні ознак, відображених у ньому, неточність та неповнота нормативного закріплення змісту поняття зазначених земель¹. Зазначене звичайно ж стає причиною помилок у правозастосуванні, які породжують численні спори та знижують ефективність правового регулювання земельних відносин у досліджуваній сфері. Наявність визначених дефектів зазначеного земельно-правового поняття пов'язані значною мірою зміною тенденцій у розвитку земельних відносин, в тому числі у сфері використання земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. А це у свою чергу зумовлює певні зміни у правовому регулюванні суспільних відносин у досліджуваній сфері, зокрема, і зміни законодавчого визначення зазначених земель.

Створення якісних нормативно-правових актів, забезпечення їх зрозумілості, відповідності реальним суспільним відносинам та удосконалення чинної нормативно-правової бази України неможливе без відповідного наукового підґрунтя, тобто урахування напрацювань, вироблених та обґрунтованих наукою, у правотворчій, зокрема законодавчій практиці. У юриспруденції достатньо прикладів, коли вироблене юридичною наукою положення, сформоване в процесі підготовки закону як нормативна формула, включається потім у текст закону². Фундаментом для формування законодавчих приписів є ті наукові теорії, що

© Барабаш Н., 2016

¹ Барабаш Н. П. Юридичні ознаки категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення: проблеми формування в законодавстві України / Н. П. Барабаш // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 5. – С. 172-177.

² Семеніхін І. В. Роль правової доктрини в українській законотворчій практиці / І. В. Семеніхін // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 109. – С. 206-207.

згодом стають загальноновизнаними серед науковців та, відповідно, вже становлять доктрину в праві¹.

Як вітчизняні, так і зарубіжні науковці завжди оцінювали роль доктрини як надзвичайно важливу в удосконаленні законодавства, у створенні правових понять, юридичних категорій, якими користується законодавець. Правова доктрина, як правило, передусє створенню конкретних юридичних приписів, обґрунтовує необхідність і доцільність закріплення відповідних правових норм².

Звичайно, наукова діяльність і діяльність, щодо написання нормативно-правових актів – це самостійні напрями діяльності. Однак, законотворча практика органічно пов'язана із науковим забезпечення законодавчої діяльності, науковим підходом до створення законів і до державної політики у сфері юридичного регулювання, зокрема в аспекті розвитку, вдосконалення законодавства. Ці напрями діяльності як тісно пов'язані між собою, так і взаємодіють один з одним³. Світовий досвід право- й державотворення свідчить, що високий рівень взаємодії і взаємовпливу юридичної науки й практики в цілому (правотворчої і правозастосовної) – необхідна умова успішного розвитку правової, демократичної держави, формування громадського суспільства⁴. На підставі зазначеного без перебільшення можна констатувати, що від рівня розвитку юридичної науки залежить ефективність правового регулювання суспільних відносин.

Та незважаючи на визначену роль і значення юридичної науки в удосконаленні вітчизняного законодавства й розвитку права, на сьогодні помічена тенденція ігнорування при законотворенні її напрацювань. У юридичній науковій літературі, у доповідях на наукових конференціях, у різних виступах, інтерв'ю як вчених-юристів, так і юристів-практиків відмічається недостатня наукова об-

¹ Любченко М. І. Юридична термінологія: поняття, особливості, види: монографія / Маріанна Іванівна Любченко. – Харків: ТОВ «ВИДАВНИЦТВО ПРАВА ЛЮДИНИ», 2015. – С. 109-110. Не порушуючи у межах цієї праці питання співвідношення і взаємодії правової доктрини та юридичної науки, яке можна вивчати в окремому дослідженні, необхідно зауважити наступне. Наука виступає для правової доктрини в ролі своєрідного джерела, фундаменту, підґрунтя, саме в ній остання знаходить свої витoki. Правова доктрина має похідний характер щодо юридичної науки. Разом з тим, як відзначає А. О. Селіванов, необхідно звернути увагу на те, що доктрина має вищий авторитет, ніж наука. Ідеї, положення, вироблені представниками наукової спільноти, набувають статусу доктрини, коли стають загальноновизнаними й загальноприйнятними, активно сприймаються й використовуються в практиці правотворення і правозастосування.

² Семеніхін І. В. Роль правової доктрини в українській законотворчій практиці / І. В. Семеніхін // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 109. – С. 205.

³ Детально основні напрямки впливу юридичної науки на нормотворчу діяльність визначені у монографії «Юридична термінологія: поняття, особливості, види», автором якої є М. І. Любченко.

⁴ Семеніхін І. В. Роль правової доктрини в українській законотворчій практиці / І. В. Семеніхін // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 109. – С. 207.

грунтованість законопроектів, їх декларативність¹. Як вбачається, це є наслідком того, що доктринальні підходи майже не знаходять практичного застосування у законотворенні², вітчизняний законодавець не хоче звертати увагу на наукові рекомендації та пропозиції³, не дослухається до думки теоретиків⁴, ініціатори створення законів не зацікавлені у науковому підході до законотворення і правова доктрина, її положення не враховуються розробниками законів і не знаходять відбиття в тексті нормативно-правових актів⁵. Тому часто наукові доробки й рекомендації так і залишаються на папері⁶. Така ситуація, коли юридична наука і практика ідуть паралельними шляхами, не звертаючи уваги один на одного⁷, звісно ж є неприпустимою і робить надзвичайно актуальною проблему забезпечення реалізації наукового підходу до законотворення⁸.

Враховуючи положення, що вже викладені у юридичній літературі, доцільно передумовою забезпечення реалізації принципу наукового підходу до законотворення, в тому числі у сфері створення якісного земельного законодавства, спрямованого на регулювання відносин використання та охорони земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, визнати безперечно проведення спеціальних наукових досліджень проблематики формулювання дефініцій земель зазначеної категорії, систематизації та уніфікації результатів наукових напрацювань і, що найважливіше, врахування в подальшому цих обґрунтованих результатів законодавцем.

¹ Семеніхін І. В. Роль правової доктрини в українській законотворчій практиці / І. В. Семеніхін // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 109. – С. 209.

² Коваленко Т. До питання про правові дефініції в земельному законодавстві / Тетяна Коваленко // Юридична Україна. – 2010. – № 11. – С. 110; Селіванов А. О. Проблемні аспекти законотворчого процесу та їх відображення в рішеннях Конституційного Суду України / А. О. Селіванов // Право України. – 2004. – № 9. – С. 34.

³ Любченко М. І. Юридична термінологія: поняття, особливості, види: монографія / Маріанна Іванівна Любченко. – Харків: ТОВ «ВИДАВНИЦТВО ПРАВА ЛЮДИНИ», 2015. – С. 215.

⁴ Навроцький В. О. Законодавець ігнорує кримінально-правову науку, практика до неї не дослухається. Чому / В. О. Навроцький // Кримінальний кодекс України 2001 року: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матер. між нар. наук. конф., 13-15 квіт. 2007 р. – Львів: ЛДУВС, 2007. – С. 96.

⁵ Семеніхін І. В. Роль правової доктрини в українській законотворчій практиці / І. В. Семеніхін // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 109. – С. 209.

⁶ Ковальський В. С. Правотворчість: Теоретичні та логічні засади / В. С. Ковальський, І. П. Козінцев. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 82.

⁷ Любченко М. І. Юридична термінологія: поняття, особливості, види: монографія / Маріанна Іванівна Любченко. – Харків: ТОВ «ВИДАВНИЦТВО ПРАВА ЛЮДИНИ», 2015. – С. 233.

⁸ Семеніхін І. В. Роль правової доктрини в українській законотворчій практиці / І. В. Семеніхін // Проблеми законності. – 2010. – Вип. 109. – С. 210.

**ПРОЖИТКОВИЙ МІНІМУМ – БАЗОВИЙ
ДЕРЖАВНИЙ СОЦІАЛЬНИЙ СТАНДАРТ****Бурак В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Законом України «Про прожитковий мінімум» передбачено, що прожитковий мінімум це - вартісна величина достатнього для забезпечення нормально функціонування організму людини, збереження його здоров'я набору продуктів харчування (далі - набір продуктів харчування), а також мінімального набору непродовольчих товарів (далі - набір непродовольчих товарів) та мінімального набору послуг (далі - набір послуг), необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості.

Прожитковий мінімум повинен прийматися на основі оцінки вартості набору продуктів харчування, а також мінімального набору непродовольчих товарів та мінімального набору послуг відповідно до нормативів споживання, які повинні переглядатися не рідше одного разу на п'ять років. Останні і єдині нормативи споживання затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 2000 р. № 656.

В Україні не змінена методологія обчислення прожиткового мінімуму, а також не змінені норми споживання, які закладаються в основу розрахунку прожиткового мінімуму. Сьогодні існуючі норми є застарілими і не відповідають сьогоднішнім реаліям.

Чинним законодавством передбачено, що розміри мінімальної заробітної плати та мінімальної пенсії за віком, розміри соціальної допомоги, допомоги сім'ям з дітьми, допомоги по безробіттю, а також стипендій та інших соціальних виплат встановлюються в залежності від величини прожиткового мінімуму.

Всупереч Конституції і законам для оцінки вартості життя, а також для обчислення розміру деяких видів допомог крім прожиткового мінімуму використовується ще один стандарт – гарантований рівень забезпечення прожиткового мінімуму, який є набагато меншим за величину прожиткового мінімуму. Він є базою для обчислення допомоги по малозабезпеченості і деяких інших виплат. Необхідно зазначити, що цей стандарт не передбачений на Конституцією України, ні чинними законами.

Станом на грудень 2015 р. прожитковий мінімум встановлений на одну особу в розрахунку на місяць у розмірі 1330 грн, для працездатних осіб – 1378 грн, осіб, які втратили працездатність – 1074 грн.

Законом також передбачено підвищення мінімальної заробітної плати у місячному розмірі з 1 вересня – 1378 гривень; у погодинному розмірі з 1 вересня – 8,29 гривні.

Однак тарифна ставка працівника першого розряду з 1 грудня становить 1113 грн. Тобто заробітна плата працівників бюджетної сфери обчислюється не від розміру мінімальної заробітної плати а від тарифної ставки працівника пер-

шого розряду, яка всупереч закону «Про оплату праці» є нижчою від прожиткового мінімуму і мінімальної заробітної плати.

Прожитковий мінімум є базою для встановлення розмірів пенсій, зокрема пенсії за віком. Однак законом «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» встановлено, що мінімальний розмір пенсії за віком встановлений в розмірі прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність лише для чоловіків 35 років, а у жінок 30 років страхового стажу.

За наявності страхового стажу меншої тривалості пенсія за віком встановлюється в розмірі, пропорційному наявному страховому стажу, виходячи з мінімального розміру пенсії за віком

У зв'язку із зміною величини прожиткового мінімуму повинні змінюватися і розміри соціальних допомог. Попередня редакція законів «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» та «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності та витратами, зумовленими похованням» передбачала таку підставу для перерахунку розміру страхових виплат як підвищення розміру мінімальної заробітної плати. В чинному законі «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» така підстава для перерахунку розміру страхових виплат відсутня. Тобто при підвищенні мінімальної заробітної плати розмір страхових виплат не зміниться. Це суперечить духу самого законодавства про соціальне страхування, адже розмір усіх виплат обчислюється у процентному відношенні до заробітної плати. Зміна розміру заробітної плати тягне за собою перегляд усіх норм заробітної плати. А тому розмір виплат фактично знизиться.

В системі загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття допомога по безробіттю деяким категоріям безробітних виплачується у мінімальному розмірі, який встановлюється правлінням Фонду. Однак відповідно до Конституції України розмір пенсій, інших видів соціальних виплат та допомог, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом.

Законом «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» передбачено виплату додаткових пенсій, а також соціальних допомог особам, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи. Зокрема, це додаткова пенсія за шкоду, заподіяну здоров'ю, особам, віднесеним до категорій 1,2,3,4, щомісячна компенсація сім'ям за втрату годувальника внаслідок Чорнобильської катастрофи, щомісячна компенсація у разі втрати. Розмір усіх зазначених виплат встановлюється Кабінетом Міністрів України і не залежить від прожиткового мінімуму.

Зазначені положення Закону «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» суперечать Конституції України, оскільки ст. 91 визначено, що основи соціального захисту, форми і види пенсійного забезпечення визначаються виключно законами України.

Тобто всупереч Конституції України і законодавству прожитковий мінімум не є єдиним основним державним соціальним стандартом.

УЧАСТЬ ПРОФСПЛОК У ВИРІШЕННІ КОЛЕКТИВНИХ ТРУДОВИХ СПОРІВ.

Бутинська Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України визначає нашу державу є правову і соціальну, в якій права і свободи та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. У реалізації цих основоположних принципів значна роль відводиться профспілкам. Конституція визначає основне завдання профспілок - захист трудових і соціально-економічних прав та інтересів громадян.

Чинним законодавством встановлено, що профспілки здійснюють захист трудових прав та законних інтересів працівників, а також здійснюють представництво прав працівників у трудових правовідносинах.

Одним із видів захисту трудових та соціально-економічних прав та інтересів є участь профспілок у вирішенні колективних трудових спорів.

Основними законодавчими актами, які регулюють порядок вирішення колективних трудових спорів необхідно назвати закони України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», «Про соціальний діалог», «Про колективні договори і угоди». У відповідності із ст. 26 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» профспілки, їх об'єднання мають право представляти інтереси працівників при вирішенні колективних трудових спорів (конфліктів) у порядку, встановленому законодавством. Представники профспілок беруть участь у діяльності примирних комісій, трудових арбітражів та інших органів, які розглядають колективний трудовий спір (конфлікт).

Як випливає із Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» профспілки беруть участь у вирішенні колективних трудових спорів принаймні у двох формах. По-перше, це безпосередня участь у примирних процедурах, зокрема, при проведенні колективних переговорів, консультацій. По-друге, шляхом здійснення представництва найманих працівників при вирішенні колективних трудових спорів у примирних комісіях, трудових арбітражах, під час проведення страйку, а також у відносинах з органами державної виконавчої влади і місцевого самоврядування.

Законом «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» передбачено, що стороною колективного трудового спору в залежності від рівня його виникнення можуть бути наймані працівники чи профспілки, їх об'єднання або інші уповноважені цими найманими працівниками органи. Відповідно до закону «Про соціальний діалог» для участі у колективних переговорах з укладення колективних договорів і угод, тристоронніх або двосторонніх органах та у міжнародних заходах склад суб'єктів профспілкової сторони та сторони роботодавців визначається за критеріями репрезентативності. У відповідності із законом та відповідними положеннями Національної служби посередництва та примирення

для участі у примирних процедурах при вирішенні колективних трудових спорів закон не вимагає умови репрезентативності. Однак в даному випадку є суперечність, оскільки на територіальному рівні, галузевому та національному рівнях представляти інтереси працівників не може профспілка, яка не має розгалуженої структури і не охоплює певну кількість працівників. Як видається, в даному випадку інтереси найманих працівників повинні представлятися за критеріями репрезентативності. І відповідно, закон «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» потребує змін у цій частині.

Якщо профспілка виступає стороною колективного трудового спору, то вона самостійно ініціює створення примирних органів, делегує до примирної комісії своїх представників, а також ініціює залучення незалежного посередника. По завершенню примирних процедур профспілка підписує угоду з представниками протилежної сторони про вирішення колективного трудового спору.

Профспілкова організація чи об'єднання профспілок, у випадку, коли примирні процедури не призвели до вирішення спору, приймає рішення про оголошення страйку і може здійснювати керівництво ним.

Що ж стосується представництва інтересів найманих працівників при вирішенні колективних трудових спорів, то воно здійснюється на основі договору. При проведенні колективних переговорів, або в інших примирних процедурах профспілка представляє інтереси найманих працівників за їх дорученням. У відповідності із законом «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», висуваючи вимоги наймані працівники повинні визначити, хто буде представляти їхні інтереси в колективному трудовому спорі. Таке рішення наймані працівники можуть прийняти на зборах (конференції) найманих працівників, або шляхом збирання підписів. Видається, що наймані працівники повинні визначити коло прав профспілок, як представника. Адже у відповідності із Цивільним кодексом України представник не може вчинювати правочинів, поза своїми правами. А тому доцільно у законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» встановити правило за яким профспілка може представляти інтереси найманих працівників при вирішенні колективного трудового спору лише в межах визначених найманими працівниками.

Як видається, удосконалення правового статусу профспілок при вирішенні колективних трудових спорів сприятиме ефективному захисту колективних трудових прав працівників.

СИСТЕМНІ ЗВ'ЯЗКИ У НАЦІОНАЛЬНІЙ ЕКОМЕРЕЖІ УКРАЇНИ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законодавство України дефінує поняття екомережі як єдиної територіальної системи з визначенням її складових елементів та загальної мети створення й

функціонування в Україні. Так, Законом 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. 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.

Відповідно до рекомендацій Всеєвропейської стратегії збереження біологічного та ландшафтного різноманіття (1995 р.) формування Всеєвропейської екологічної мережі відбувається у формі єдиної просторової системи територій країн Європи з природним або частково зміненим станом ландшафту. Екомережа України є складовим елементом Всеєвропейської екологічної мережі, тобто є частиною цієї системи, водночас вона характеризується і як національна територіальна система, що забезпечує досягнення природоохоронних завдань, важливих для нашої держави.

Аналіз системоутворення та структури національної екологічної мережі України видається актуальним з огляду на перспективи розвитку теоретичних засад екомережі та вироблення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства про екомережу та його практичного застосування.

Відповідно до Короткого тлумачного словника української мови, пояснення слова «система» подається у кількох його значеннях, зокрема: 1) структура, що становить єдність закономірно розміщених і функціонуючих частин; 2) порядок, зумовлений правильним розміщенням частин у певному зв'язку; зв'язане ціле; 3) форма організації, устрою чого-небудь; 4) сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднаних загальним принципом, призначенням [1, с. 246]. Екологічна мережа в цілому відповідає ознакам системи, оскільки: 1) має власну, притаманну лише їй структуру (ключові, сполучні, буферні та відновлювані території); 2) складові частини екомережі розташовуються в ній у певній послідовності і пов'язані між собою; 3) є формою організації природоохоронної діяльності; 4) складові екомережі об'єднані спільним принципом і призначенням збереження, відтворення та охорони навколишнього природного середовища.

Так, зокрема у ст. 4 Закону України «Про екологічну мережу України» передбачено, що формування, збереження та використання екомережі здійснюється відповідно до принципу забезпечення цілісності екосистемних функцій складових елементів екомережі. Правове регулювання відносин у сфері формування та функ-

ціонування екомережі дозволяє враховувати взаємозв'язки між окремими її компонентами і забезпечити надійнішу їх охорону та збереження всього довкілля.

Л. А. Луць, узагальнивши численні доктринальні підходи до тлумачення поняття «система», пропонує власне визначення системи як цілісної сукупності (комплексу) закономірно розташованих та взаємопов'язаних і взаємодіючих елементів. Основними ознаками системи, на думку вченої, є: 1) комплексність (сукупність) елементів; 2) впорядкованість та подільність елементів; 3) наявність зв'язків між ними; 4) наявність властивостей, що притаманні об'єкту як цілому. Тобто, ознаками, що вирізняють систему, є цілісність, зв'язок, стійка структура [2, с. 12].

Екологічна мережа має комплексну, неоднорідну і розгалужену структуру, однак через те, що положення законодавства про екологічну мережу України практично не реалізуються, наразі не має ознак цілісності. 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. Структурні територіальні елементи екомережі пов'язані між собою тісними системними зв'язками:

1) юридичною та матеріальною основою національної екологічної мережі є об'єкти та території природно-заповідного фонду, які мають найбільшу екологічну цінність для збереження біологічного та ландшафтного різноманіття. Також до складу екомережі входять ділянки природних ландшафтів, які підлягають особливій охороні, і курортно-оздоровчі, рекреаційні, водозахисні, полезахисні території та об'єкти інших типів. Ці складові елементи є ключовими територіями екомережі;

2) получні території екомережі поєднують між собою ключові території, сприяють міграції тварин та обмінові генетичного матеріалу, а також повинні забезпечувати цілісність екомережі. Сполучні території (луки, пасовища, ліси, водойми) на різних рівнях просторової організації екологічної мережі забезпечують для природного середовища умови безперервності, системної єдності та функції біокомунікації;

3) буферні території екомережі забезпечують захист ключових та сполучних територій від антропогенного впливу. Буферні зони створюють більш сприятливі умови для розвитку і самовідновлення природних ландшафтів та оптимізації форм господарювання в їх межах з метою збереження існуючих і відтворення втрачених природних цінностей;

4) відновлювані території – це порушені землі, деградовані і малопродуктивні землі та землі, що зазнали впливу негативних процесів та стихійних явищ, інші території, важливі з точки зору формування просторової цілісності екомережі. На відміну від попередніх структурних елементів екомережі, для яких необхідно виключати або ж обмежувати антропогенний вплив, для відновлюваних територій мають бути виконані першочергові заходи щодо відтворення їх первинного природного стану.

Як вже зазначалося, система розглядається як сукупність яких-небудь елементів, об'єднаних загальним призначенням. Законодавчо визнаною метою формування екомережі є 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.

Екологічна мережа повинна мати цілісний, але разом з тим інтегрований характер. Адже термін «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» [3, с. 95].

Екологічна мережа України складається з неоднорідних структурних територіальних елементів та об'єктів (внутрішня інтеграція) і є інтегрованою у Всеєвропейську екомережу (зовнішня інтеграція). 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, а також узгодження проектів землеустрою на прикордонних ділянках.

Л. А. Луць переконана, що систем як таких у природі не існує (за винятком екологічних, космічних та біологічних систем). Система є поняттям, яке є засобом дослідження складних об'єктів [2, с. 11]. З юридичної точки зору з цим варто погодитися, оскільки всі правові явища, що мають властивості системи (система права, правова система, система законодавства, виборча система, система органів держави) не існують відсторонено й автономно, а залежать від волі людини.

Подібно й екомережа як єдина просторова система особливо охоронюваних територій потребує для належного функціонування вжиття комплексу необхідних заходів. 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, землепорядкових та інших робіт.

Структурні елементи екомережі (ключові, сполучні, буферні та відновлювані території) як інтегрований природний компонент екомережі у тісному взаємозв'язку між собою та у взаємодії з іншими необхідними компонентами екомережі (організаційно-правовим та інституційно-функціональним) формують національну екологічну мережу як цілісну інтегровану систему.

1. Короткий тлумачний словник української мови (Уклад. : Д. Г. Гринчишин, Л. Л. Гумецька, В. Л. Карпова та інші). – К., 1978.- 296 с.

2. Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти): Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім.В. М. Корецького НАН України, 2003. – 304 с.

3. Екологічне право України: підруч. для студ. вищих навч. закладів / за ред. Каракаша І. І. – Одеса : Фенікс.- 2012. – 788 с.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ З ПИТАНЬ ПРАЦІ*Лещух Д.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Сучасний розвиток українського суспільства вимагає подальшого зміцнення законності в усіх сферах діяльності людини, зокрема в галузі дотримання трудового законодавства. В умовах реформування суспільних відносин необхідно постійно вдосконалювати механізм правового захисту працівників. При цьому правове регулювання трудових відносин має відповідати характеру структурних перетворень в економіці як за формою, так і за змістом. Однак за останній час значно збільшилася кількість порушень трудових та інших соціальних прав громадян, а тому реалізація державної політики з дотримання трудового законодавства відповідатиме демократичним стандартам лише в разі забезпечення належного нагляду та контролю уповноваженими на те суб'єктами за цією сферою відносин.

Цю важливу функцію покладено на Державну службу України з питань праці (Держпраці) — центральний орган виконавчої влади України, утворений відповідно до вимог постанови Кабінету Міністрів від 10 вересня 2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», в результаті реорганізації шляхом злиття Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки та Державної інспекції з питань праці, а також передачі Держсанепідслужбою функцій з реалізації державної політики у сфері гігієни праці та дозиметричного контролю робочих місць і доз опромінення працівників. Згідно із затвердженим Положенням про Державну службу України з питань праці, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2015 № 96 основними завданнями Держпраці є:

1) реалізація державної політики у сферах промислової безпеки, охорони праці, гігієни праці, поводження з вибуховими матеріалами, здійснення державного гірничого нагляду, а також з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, зайнятість населення, загальнообов'язкове державне соціальне страхування в частині призначення, нарахування та виплати допомоги, компенсацій, надання соціальних послуг та інших видів матеріального забезпечення з метою дотримання прав і гарантій застрахованих осіб;

2) здійснення комплексного управління охороною праці та промисловою безпекою на державному рівні;

Об'єднання Держпраці та Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки - це початок реформ у сфері управління адміністрацією праці, що дозволить посилити інституційну спроможність інспекції праці, вимагає збільшення штату інспекторів, підвищення якості їх підготовки, розширення їх повноваження, усунення суперечностей чинного законодавства. Однак слід зробити застереження, що таке об'єднання не повинне призвести до погіршення якості нагляду і контролю за додержанням законодавства у сфері праці, послабити (і без того слабкий) інститут інспекторів праці. Як свідчить досвід окремих

центральної організації виконавчої влади, нормальне функціонування підрозділів новоствореного органу може бути порушене, принаймні на період об'єднання. Тому до початку реструктуризації необхідно було розробити та узгодити відповідну нормативну базу, оновити, відповідно до визначених у Положенні про Держпраці, посадові обов'язки фахівців Служби, визначити кваліфікаційні вимоги до працівників Служби.

Таке об'єднання не суперечить положенням Міжнародної організації праці та лише підсилить контролюючі функції інспекторів праці, зробить перевірки більш ефективними, надасть можливість збільшити кількість інспекторів праці за рахунок інспекції Держгірпромнагляду та усуне дублювання функцій.

Ще однією важливою новелою у правовому регулюванні відносин контролю у сфері праці став Закон України від 28 грудня 2014 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці». Цим актом державний контроль у сфері праці виведено з-під загальних обмежень шляхом внесення змін у частину 2 статті 2 Закону України № 877 «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» у вигляді виключення із сфери його дії вказаного виду контролю.

Це означає, що ряд положень Закону № 877, які певним чином обмежували повноваження Держпраці, надані Конвенцією 1947 року N 81 про інспекцію праці у промисловості та торгівлі і Конвенцією 1969 року N 129 про інспекцію праці в сільському господарстві, які ратифіковані Україною та набули законної сили з 10 листопада 2005 року не можуть застосовуватись державними інспекторами праці у їх практичній роботі як такі, що не відповідають ряду положень цих конвенцій.

Частина третя статті 4 Закону 877 щодо здійснення контрольних заходів лише у робочий час, встановлений правилами внутрішнього трудового розпорядку, не відповідає вимогам підпункту «а» пункту 1 статті 12 Конвенції № 81, яким надається державним інспекторам праці право проходити на підприємство у будь-яку годину доби.

Зазначене право пов'язане із необхідністю здійснення контролю за дотриманням роботодавцем законодавства про працю щодо залучення працівників до надурочних робіт, виявлення фактів виконання трудових обов'язків громадянами, трудові відносини з якими не оформлені, та з інших відповідних питань трудового законодавства.

Крім того, правилами внутрішнього трудового розпорядку встановлюється виключно режим роботи працівників, який при застосуванні змінної роботи є відмінним від режиму роботи підприємства, тобто суб'єкта господарювання. Дотримання роботодавцем встановленого для працівників правилами внутрішнього трудового розпорядку режиму роботи та відпочинку має контролюватись державними інспекторами праці у будь-який час доби.

Частина одинадцята статті 4 Закону 877 щодо здійснення контрольного заходу у присутності керівника чи уповноваженої ним особи не відповідає пункту 2 статті 12 Конвенції № 81, яка дозволяє інспекторам праці не повідомляти роботодавця або його представника про свою присутність на підприємстві, як-

що вони вважатимуть, що таке повідомлення може завдати шкоди виконанню їх обов'язків, тобто ефективності здійснення контрольних заходів.

Частина дванадцята статті 4 Закону 877 щодо внесення перед початком перевірки запису до відповідного журналу не відповідає підпункту «а» пункту 1 та пункту 2 статті 12 Конвенції № 81, які надають право інспектору праці безперешкодно проходити на підприємство та у разі потреби не повідомляти роботодавця або його представника про свою присутність на підприємстві.

Частини перша та друга статті 5, частина третя статті 22 Закону 877 щодо формування плану контрольних заходів залежно від ступеня ризику господарської діяльності об'єкта перевірки для безпеки життя і здоров'я населення не відповідають вимогам статті 16 Конвенції № 81, відповідно до якої контрольні заходи проводяться так часто і так ретельно, як це необхідно для забезпечення ефективного застосування відповідних положень законодавства. При цьому, названою нормою міжнародного права не передбачено врахування рівня впливу господарської діяльності об'єкта перевірки на життєдіяльність населення чи працівників, або будь-яких інших критеріїв.

Частина четверта статті 5 Закону 877 щодо попереднього повідомлення суб'єкта господарювання про проведення контрольного заходу не відповідає підпункту «а» пункту 1 статті 12 Конвенції № 81, яким встановлено що відвідування проводиться без попереднього повідомлення.

Абзац другий частини першої та частина третя статті 6 Закону 877 щодо обов'язкової наявності у державного інспектора праці посвідчення (направлення) на проведення перевірки та необхідності надання суб'єкту господарювання копії документа, який є підставою для проведення перевірки, не відповідають вимогам підпункту «а» пункту 1 статті 12 Конвенції № 81 щодо права інспектора праці безперешкодно проходити на підприємство. Необхідність оформлення посвідчення (направлення) на проведення перевірки, ознайомлення суб'єкта господарювання з підставою проведення перевірки не дозволить йому оперативно реагувати на порушення законодавства про працю.

Крім того, пункт «с» статті 15 Конвенції № 81 зобов'язує інспектора праці вважати абсолютно конфіденційним джерело будь-якої скарги чи інформації на недоліки або порушення правових норм і утримуватись від повідомлення роботодавцю або його представнику інформації про те, що перевірка проводиться у зв'язку з отриманням такої скарги чи інформації.

Таким чином, інспектору праці заборонено повідомляти представнику суб'єкта господарювання про те, що перевірка проводиться на виконання доручення керівництва перевірити факти, викладені у скарзі певного громадянина чи у будь-якому іншому джерелі інформації про можливе порушення законодавства про працю.

Частина перша – п'ята статті 7 Закону 877 щодо необхідності оформлення наказу та посвідчення (направлення) на проведення перевірки, абзац третій статті 10 Закону 877 щодо права суб'єкта господарювання під час здійснення державного нагляду (контролю) одержувати від державних інспекторів праці копії посвідчення (направлення) на проведення планового або позапланового

заходу, а також частина третя абзацу четвертого цієї ж статті щодо права не допускати державного інспектора праці до здійснення державного нагляду (контролю) у разі ненадання ним копії посвідчення (направлення) на проведення планового або позапланового заходу не відповідають вимогам абзацу першого пункту 1 статті 12 Конвенції № 81, яким встановлено, що інспектор праці має бути забезпечений лише документами, що засвідчують його повноваження. Такими документами можуть бути службове посвідчення та копії нормативно-правових актів, які встановлюють повноваження, права та обов'язки державного інспектора праці. Оформлення всіх інших документів створює перешкоду інспектору праці негайно відвідати об'єкт перевірки та забезпечити дотримання роботодавцем вимог законодавства про працю.

Аналогічні норми викладені й у статтях 16, 20, 21 Конвенції Міжнародної організації праці № 129 1969 року про інспекцію праці в сільському господарстві.

Отже, виведення діяльності Держпраці з-під дії Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 р. № 877 шляхом внесення відповідних змін до частини 2 статті 2 Закону (перелік відносин, на які не поширюється дія згаданого акту) слід розцінювати як позитивний крок. Закон прямо суперечив Конвенціям МОП № 81 та № 129, що унеможливило ефективну роботу інспекторів праці та звужувало можливості захисту трудових прав найманих працівників. Врахування положень згаданих конвенцій не тільки розширює повноваження державних інспекцій праці щодо припинення (в межах їх компетенції) правопорушень, а й створює засади для їх попередження. Основним завданням інспекції праці має стати саме профілактика порушень трудових прав найманих працівників у їх відносинах із суб'єктами господарювання всіх форм власності.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА

Мак Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процесуальні норми земельного права є самостійними структурними елементами галузі земельного права. Особливістю процесуальних норм земельного права є те, що вони існують та діють у межах не процесуальної галузі права. Матеріальна норма земельного права є регулятивною нормою, оскільки закріплює права та обов'язки суб'єктів земельних відносин, а процесуальна норма земельного права є охоронною нормою, бо спрямована на захист прав та обов'язків, закріплених матеріальною нормою земельного права. Без дії процесуальних норм земельного права не можна було б забезпечити належний

захист та відновлення порушених земельних прав. Тому зв'язок матеріальної та процесуальної норми земельного права є двостороннім та взаємозалежним. При цьому процесуальні норми земельного права є службовими по відношенню до матеріальних норм земельного права, оскільки забезпечують належне виконання останніх.

Критерієм для виокремлення процесуальних норми земельного права у межах інших норм земельного права є субординація правового регулювання. Наведений критерій виділення матеріальних та процесуальних норм у межах окремої галузі права був запропонований О.Ф. Скакун. Вважаємо за доцільне погодитися із висловленою позицією, оскільки процесуальні норми є похідними від матеріальних норм та спрямовані на забезпечення ефективної реалізації останніх.

Загалом, на даному етапі розвитку земельних відносин та галузі земельного права сформувалося два підходи до розуміння процесуальних норм земельного права: широке та вузьке. У широкому розумінні процесуальна норма земельного права – це різновид норми земельного права, виокремлений на основі критерію субординації правового регулювання, суть якої полягає у регламентації порядку застосування матеріальної норми земельного права та процесу здійснення судового захисту порушених суб'єктивних прав на землю. Прихильниками широкого трактування процесуальних норм земельного права є І. О. Іконицька, М. І. Краснов, Г. А. Аксєненко, І. А. Галаган, В. М. Горшенев, Д. В. Ковальський. Натомість, вузьке розуміння процесуальної норми земельного права зводиться лише до процесу захисту порушених прав на землю шляхом звернення до відповідних судових органів. Вузьке розуміння процесуальних норм земельного права підтримується О. А. Забищенським, С. С. Алексєєвом, Н. О. Чечиною.

О. Ф. Скакун, розрізняє процесуальні норми права та процедурні норми матеріального права, та вказує на неможливість ототожнення даного виду норм. Процедурні норми матеріального права є необхідною умовою реалізації низки норм матеріального права, оскільки вони регламентують порядок реалізації норми права завдяки такій особливій формі, як застосування норми права відповідними державними органами.

Доцільно зазначити, що процесуальні норми земельного права регламентують охоронні відносини матеріальної галузі права, тобто стосуються санкцій, закріплених матеріальними нормами права. Тоді як процедурні норми земельного права виникають з приводу регулятивних відносин матеріального права. Таким чином, необхідно розмежовувати матеріальні процедурні та матеріальні організаційні норми від процесуальних норм земельного права. Процедурні та організаційні норми земельного права є різновидами матеріальних норм земельного права, тоді як процесуальні норми земельного права займають самостійне місце у системі земельного права поряд із матеріальними нормами.

Проаналізувавши правову природу матеріальних та процесуальних норм земельного права, слід зазначити, що при визначенні процесуальних норм земельного права ми будемо притримуватися вузького розуміння наведеного поняття, тобто як норм, що регламентують процес судового захисту порушених прав на землю.

Для процесуальних норм земельного права характерні загальні та спеціальні ознаки. Серед загальних ознак доцільно виділити: їх владний характер; здійснення ними правоохоронної та правовідновлювальної функцій; містять чітко виражену диспозицію та гіпотезу; мають імперативний характер; засобом їх реалізації є виконання; є деталізованими та впорядкованими.

Водночас, їм притаманні спеціальні ознаки. Зокрема, органом, що забезпечує їх безпосередню реалізацію, є суд, оскільки у переважній більшості випадків земельні спори вирішуються саме у судовому порядку, хоча Земельний кодекс України закріплює порядок вирішення земельних спорів органами місцевого самоврядування та Державним агентством земельних ресурсів, яке реорганізовано у Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру у зв'язку із прийняттям 10 вересня 2014 року Кабінетом Міністрів України Постанови «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади». Вони визначають способи захисту порушених суб'єктивних прав на землю. Так, спеціальні земельно-правові способи захисту встановлено ч.3 ст.152 Земельного кодексу України. Фактично, вони дублюють статтю 16 Цивільного кодексу України, яка передбачає загальні способи захисту порушених прав.

За своїм характером наведені норми є міжгалузевими, оскільки до врегулювання земельно-процесуальних відносин застосовуються не лише норми, закріплені у Земельному кодексі України, але й у Цивільному процесуальному кодексі України, Кодексі адміністративного судочинства та Господарсько-процесуальному кодексі. У даному випадку йдеться про закріплення норм, які регламентують процес захисту порушеного суб'єктивного права на землю у судовому порядку.

На відміну від інших галузей права, особливістю процесуальних норм земельного права є те, що вони регламентують не лише судовий захист порушених земельних прав, але й досудовий (позасудовий) вид захисту. Зокрема, стаття 158 Земельного кодексу України до органів, що вирішують земельні спори, окрім суду, також відносить органи місцевого самоврядування та центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин. Такий порядок позасудового вирішення земельних спорів зберігся з часів існування радянської держави, коли земельні спори вирішувалися Радою Міністрів Української РСР, виконавчими комітетами місцевих Рад народних депутатів (ст.157 Земельного Кодексу Української РСР від 08.07.1970р.). Однак, наведена процесуальна норма не має ефективного механізму її реалізації, оскільки все-таки роль суду у вирішенні земельних спорів є пріоритетною і надає змогу ефективно та своєчасно захистити та відновити порушені земельні права у встановленому законом порядку.

На відміну від України, Російська Федерація у рамках проведення земельної реформи відмовилася від досудового врегулювання земельних спорів, передавши усі повноваження щодо вирішення земельних спорів судам. Так, у відповідності до ст. 64 Земельного кодексу Російської Федерації земельні спори розглядаються у судовому порядку, а до прийняття справи до провадження судом земельний спір може бути переданий сторонами на вирішення до третейсь-

кого суду. Водночас, Законом України «Про третейські суди» від 11.05.2004р. передбачено, що третейські суди в порядку, передбаченому цим законом, можуть розглядати будь-які справи, що виникають із цивільних та господарських правовідносин, за винятком, зокрема, справ у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки.

Серед науковців також немає єдності щодо необхідності досудового порядку врегулювання земельних спорів. Так, О. В. Ільницький трактує це як позитивний момент у частині зрівноваження та розвантаження органів судової влади. А.М. Мірошніченко навпаки вважає, що норма про вирішення земельних спорів у позасудовому порядку носить декларативний характер і не має практичного застосування, оскільки земельні спори, які підвідомчі центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин та органам місцевого самоврядування все-таки підпадають під ту категорію спорів, які підвідомчі судам та пов'язані із порушенням права користування, володіння та розпорядження земельними ділянками. Загалом, звернення особи, право на землю якої порушено, до органу місцевого самоврядування чи центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин, не позбавляє її права у подальшому оскаржити прийняте ними рішення до суду, а також не позбавляє права безпосередньо звернутися до суду для вирішення земельного спору.

М. Я. Ващишин своєю чергою пропонує в межах судової системи України створити спеціалізовані суди з розгляду та вирішення земельних спорів – земельні суди. На її думку, діяльність таких суддів сприятиме більш фаховому й оперативному розгляду цієї складної і численної категорії справ. Варто лише зауважити, що створення земельних суддів вимагатиме додаткового матеріального забезпечення та окремої підготовки кваліфікованих спеціалістів.

Доцільно зазначити, що у межах судів України діють окремі колегії суддів, які займаються вирішенням виключно земельних спорів. Така практика функціонування окремих колегій є характерною для Господарського суду Львівської області, у якому на зборах суддів 11.03.2014р. було прийнято рішення про створення Колегії №3, яка спеціалізується на вирішенні спорів, пов'язаних із земельними відносинами.

Підсумовуючи вищенаведене, можна виокремити наступні особливості процесуальних норм земельного права: а) їх основною метою є захист порушених земельних прав; б) вони забезпечують реалізацію санкцій матеріальної норми земельного права; в) регламентують порядок вирішення земельних спорів у судовому то позасудовому порядку; г) носять міжгалузевий характер, оскільки поєднують ознаки кількох галузей права.

Процесуальні норми земельного права потребують суттєвого удосконалення та адаптації їх до сучасних умов розвитку суспільства. Доцільно відмовитися від досудового порядку вирішення земельних спорів, передавши усі повноваження судам. Це забезпечить ефективне та своєчасне вирішення земельних спорів з подальшим оперативним відновленням порушених прав.

НЕНОРМОВАНИЙ РОБОЧИЙ ДЕНЬ І НАДУРОЧНІ РОБОТИ: ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНІ НАСЛІДКИ ВСТАНОВЛЕННЯ

Малишевська З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кодекс законів про працю України передбачає, що нормальна тривалість робочого часу працівника не повинна перевищувати 40 годин на тиждень. У цьому ж акті зазначено, що у колективному договорі підприємства можуть встановлювати меншу норму тривалості робочого часу. Однак, не зважаючи на ці положення КЗпП України щодо норми робочого часу, на практиці існують випадки зловживання правом працівників на нормальну тривалість робочого часу. Найчастіше це відбувається шляхом залучення працівників до надурочних робіт та встановлення ненормованого робочого дня.

Досить часто на практиці трапляються випадки, коли роботодавець запроваджує ненормований робочий день як альтернативу до застосування надурочних робіт. У зв'язку з цим постає необхідність провести розмежування між згаданими поняттями. Тому ненормований робочий день є спеціальним режимом робочого часу і запроваджується для певного кола осіб, у випадку неможливості нормування часу трудового процесу. Надурочними роботами вважаються роботи понад встановлену тривалість робочого дня. Тому постає питання розмежування ненормованого робочого дня та надурочних робіт. Здійснити таке розмежування можна за такими критеріями:

1) Перша відмінність *за колом осіб*. До надурочних робіт, за загальним правилом, можуть залучатися будь – які працівники, а працювати при ненормованому робочому дні можуть лише працівники, професії і посади яких містяться в списку, що є додатком до колективного договору підприємства, установи та організації.

2) *За тривалістю та систематичністю залучення* – встановлюються обмеження для надурочних робіт щодо кількості часу та систематичності залучення працівників до роботи протягом календарного року, а для ненормованого робочого дня такі обмеження не передбачено. Існує заборона для власника систематично залучати працівників, які працюють за таким режимом понад нормальну тривалість робочого часу. Тобто, застосування надурочних робіт можливе у виняткових випадках і є заздалегідь непередбаченим і незапланованим (перелік таких робіт вичерпний, ст.62 КЗпП України). В свою чергу робота в режимі ненормованого робочого дня і яка виходять за межі нормальної тривалості робочого часу проводяться відповідно до виробничої необхідності. Варто зазначити, що у п. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 р. №13 « Про практику застосування законодавства про оплату праці» передбачено, що не є надурочною робота працівника з ненормованим робочим днем понад установлену норму робочого часу, крім випадків виконання за дорученням роботодавця роботи, що не входила до кола його обов'язків.

3) Ще однією відмінністю є *компенсаційні виплати за залучення до роботи* - при надурочних роботах встановлюється підвищена оплата. Відповідно до ст.106 КЗпП України за погодинною системою оплати праці робота в надурочний час оплачується в подвійному розмірі годинної ставки. За відрядною системою оплати праці за роботу в надурочний час виплачується доплата у розмірі 100 відсотків тарифної ставки працівника відповідної кваліфікації. При ненормованому робочому часі, згідно зі ст.8 Закону України « Про відпустки» №504/96-ВР від 15.11.1996, надається щорічна додаткова відпустка тривалістю до семи календарних днів згідно зі списками посад, робіт та професій, визначених колективним договором, угодою.

Таким чином ненормований робочий день може застосовуватись на підприємствах, установах та організаціях лише до тих працівників, посади і професії яких містяться в списку, що є додатком до колективного договору. Переробіток понад передбачену тривалість робочого часу компенсується наданням додаткової відпустки.

Відповідно до статті 62 КЗпП України надурочні роботи можуть застосовуватись лише у виняткових випадках:

- при проведенні робіт, необхідних для оборони країни, а також відвернення громадського або стихійного лиха, виробничої аварії і негайного усунення їх наслідків;

- при проведенні громадсько необхідних робіт по водопостачанню, газопостачанню, опаленню, освітленню, каналізації, транспорту, зв'язку – для усунення випадкових або несподіваних обставин, які порушують правильне їх функціонування;

- при необхідності закінчити почату роботу, яка внаслідок непередбачених обставин чи випадкової затримки з технічних умов виробництва не могла бути закінчена в нормальний робочий час, коли припинення її може призвести до псування або загибелі державного чи громадського майна, а також у разі необхідності невідкладного ремонту машин, верстатів або іншого устаткування, коли несправність їх викликає зупинення робіт для значної кількості трудящих;

- при необхідності виконання вантажно – розвантажувальних робіт з метою недопущення або усунення простою рухомого складу чи скупчення вантажів у пунктах відправлення і призначення;

- для продовження роботи при нез'явленні працівника, який заступає, коли робота не допускає перерви; в цих випадках власник або уповноважений ним орган зобов'язаний негайно вжити заходів до заміни змінника іншим працівником.

До надурочних робіт забороняється залучати (ст. 62 КЗпП України):

- вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років;

- осіб, молодших вісімнадцяти років;

- працівників, які навчаються в загальноосвітніх школах і професійно – технічних училищах без відриву від виробництва, в дні занять.

Законодавством можуть бути передбачені інші категорії працівників, яких забороняється залучати до надурочних робіт. Наприклад, жінка, яка має дитину віком від трьох до чотирнадцяти років або дитину – інваліда, може залучатися до надурочних робіт лише за її згодою. Залучення інваліда до надурочної

роботи можливе лише за його згодою і за умовою, що це не суперечить медичним рекомендаціям (ст. 63 КЗпП України)

Застосування ненормованого робочого дня здійснюється Рекомендаціями щодо порядку надання працівникам з ненормованим робочим днем щорічної додаткової відпустки через особливий характер праці, затверджені Наказом Міністерства праці та соціальної політики України №7 від 10.10.1997р. В цих Рекомендаціях закріплені орієнтовний перелік працівників, які можуть працювати на умовах ненормованого робочого дня. Ненормований робочий день на підприємствах, установах та організаціях, незалежно від форми власності, може застосовуватись до керівників, фахівців і робітників, а саме:

- особі, праця яких не піддається точному обліку в часі;
- осіб, робочий час яких за характером праці поділяється на частини невизначеної тривалості (сільське господарство);
- осіб, які розподіляють час для роботи на свій розсуд.

Перед запровадженням для працівника роботи на умовах ненормованого робочого дня необхідно внести професію (посаду) до переліку, який подається в колективному договорі.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, використання ненормованого робочого часу та надурочних робіт має здійснюватись правильно та раціонально. Необхідно розмежовувати та не допускати зловживання в застосуванні цих режимів робочого часу. За порушення норм про залучення працівників до надурочних робіт чи встановлення ненормованого робочого часу для працівників зі сторони роботодавця, передбачена відповідальність, що дозволяє працівнику звертатися до суду за захистом своїх прав у разі їх порушення.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕРМІНУ «ПРАЦІВНИКИ» У ТРУДОВОМУ ПРАВІ

Парпан Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Неоднозначність розуміння того чи іншого поняття, закріпленого законодавством не рідко зумовлює виникнення розбіжностей між суб'єктами суспільних правовідносин. Важливим у розв'язанні цієї проблеми є правильне співвідношення змісту поняття із терміном, який застосовується для його позначення. Адже, в протилежному випадку, це може стати підґрунтям для звуження меж тлумачення відповідної правової норми.

Для трудового права термінологічні проблеми не є винятком. Для прикладу звернемося до чинного Кодексу законів про працю України (надалі – КЗпП України).

Так, свого часу, в березні 1991 року, з метою удосконалення трудового законодавства, законодавцем до КЗпП України було внесено зміни: посилання

«робітники і службовці» було замінено посиланням «працівники». При цьому, правова дефініція терміну «працівник» так і не знашла свого закріплення в положеннях КЗпП України.

Разом з тим, терміни «робітники» та «службовці» все ж не зникли з правового поля. Вони зустрічаються в окремих статтях того ж КЗпП України. Так, наприклад, ч.2 ст. 27 КЗпП передбачено, що при прийнятті на роботу *робітників* строк випробування не може перевищувати одного місяця. Водночас, в частині першій цієї ж статті, без вказівки на відповідного суб'єкта, йдеться про трьохмісячний строк випробування при прийнятті на роботу. А, також, передбачена можливість встановити шестимісячний строк випробування за погодженням з відповідним виборним органом первинної профспілкової організації. Отже, керуючись змістом статті 27 КЗпП України можна припустити, що трьохмісячний строк випробування при прийнятті на роботу, передбачений ч.1 цієї статті, стосується не всіх працівників, а лише такої категорії як «службовці». Разом з тим, неоднозначним може бути тлумачення положення про можливість встановлення шестимісячного строку випробування. Так, в одному випадку, мова йтиме лише про можливість встановлення його службовцям, а в іншому – всім працівникам, у тому числі робітникам.

Загалом, щодо погодження строку випробування з відповідним виборним органом первинної профспілкової організації і на цій підставі подовження його до 6-місячного терміну, хотілося б погодитися з позицією професора П.Д. Пилипенка, про те, що це є парадоксом, що залишився у КЗпП України ще з радянських часів. Ця норма застосовувалась як виняток до працівників науково-дослідних, проектно-конструкторських установ і була передбачена Указом Президії Верховної Ради СРСР від 27 вересня 1968 року.

На нашу думку, застосування законодавчої норми про встановлення випробування, за погодженням з відповідним виборним органом первинної профспілкової організації, строком до шести місяців суперечить договірній природі умов трудового договору, які повинні визначатися за взаємною згодою сторін.

З цього приводу, хотілося б відмітити існуючі на сьогодні позитивні зрушення в напрямку удосконалення трудового законодавства. А саме:

1) статтею 39 проекту Трудового Кодексу України від 27 грудня 2014 року зроблено акцент на договірну основу встановлення умови про випробування: «при прийнятті на роботу допускається погодження роботодавцем і працівником умови про випробування. Така умова вважається погодженою, якщо домовленість про неї зафіксована в трудовому договорі».

2) статтею 41 проекту ТК України уточнюються категорії працівників, яким встановлюється той чи інший строк випробування. Так, зокрема, передбачено, що строк випробування тривалістю до шести місяців може встановлюватися для керівників юридичних осіб, їх заступників, головних бухгалтерів та їх заступників, керівників відокремлених підрозділів юридичних осіб, а також для інших категорій працівників у випадках, передбачених законом.

У проекті ТК авторами залишена можливість встановлення строку випробування до одного місяця для робітників. Проте, тут замість терміну «робітники» робиться вказівка на «працівників за робочими професіями».

Повертаючись до чинного КЗпП України, відмітимо, що не лише стаття про випробування містить термін «робітники». Особливо вживаним він є в нормах, присвячених оплаті праці (ст. ст. 96, 97 КЗпП України). При цьому, поряд з цим терміном тут застосовується і термін «службовці». Таку позицію законодавця можна виправдати тим, що організація оплати праці робітників та службовців здійснюється на основі тарифної системи, яка повинна сформувати та диференціювати розміри заробітної плати для цих категорій працівників.

Щодо аналогічних статей проекту ТК України, то тут варто відзначити, що його авторами все ж таки була зроблена спроба відмовитись від застосування термінів «робітники» та «службовці». Так, в статті 206 «Заробітна плата та її структура» проекту ТК України йдеться про оплату праці *працівників*, які відповідно до класифікації професій належать до законодавців, вищих державних службовців, керівників, професіоналів, фахівців і технічних службовців. Також, тут згадується про оплату праці працівників за робітничими професіями.

Разом з тим, незважаючи на зазначену конкретизацію категорій працівників, в статтях проекту ТК України, присвячених оплаті праці, все ж таки продовжує вживатися термін «робітники» (зокрема, стаття 212).

У правничій літературі щодо застосування розглянутих нами термінів, науковці, зокрема В.І. Прокопенко та О. М. Ярошенко, відзначили, що відмова законодавця від термінів «робітники» та «службовці» є передчасною, оскільки вони більш повно визначають зміст їх праці. При цьому, авторами наголошується на тому, що правовий статус службовця дещо відрізняється від статусу робітника. Це полягає у тривалості строку випробування, у порядку визначення розмірів посадових окладів і тарифів з оплати праці, по різному визначається коло їх обов'язків тощо.

Не заперечуючи, в цілому, зауваження науковців, хотілося б відзначити, що застосування того чи іншого терміну повинно:

по-перше, відповідати реаліям сьогодення;

по-друге, узгоджуватися з існуючими концептуальними підходами, які використовуються для формування правового поля, в якому цей термін буде застосовуватися;

по-третє, розкриватися через відповідну дефініцію.

ЩЕ РАЗ ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ

Пилипенко П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Трудові спори існували, існують і будуть існувати бо такою, насправді суперечливою є природа двосторонніх відносин. Навіть не зважаючи на їхнє врегулювання нормами права, трудові відносини виражають собою один із най-

більш негативних проявів соціального антагонізму, який існує між працею і капіталом. І який нерідко призводить до різного роду соціальних протистоянь, що можуть мати своїм наслідком навіть соціальні революції.

Законодавство про працю якраз і має на меті запобігти появі таких соціальних заворушень, а норми про вирішення трудових спорів є одним із яскравих свідчень соціальної спрямованості цього законодавства.

Для забезпечення ефективності норм які встановлюють правила вирішення трудових спорів важливим є з'ясування причин, що слугують появі різного роду суперечностей між сторонами соціально-трудова відносин.

Зазвичай, під причинами виникнення трудових спорів розуміють ті обставини, які безпосередньо або опосередковано впливають на виникнення суперечностей між сторонами трудових правовідносин.

Причини виникнення трудових спорів є різними. Вони можуть бути як об'єктивними так і суб'єктивними.

Об'єктивними за характером вважаються причини, які не залежать від волі сторін трудового спору. До таких причин належать різного роду обставини соціального, економічного, правового характеру. Вони можуть бути пов'язані з недоліками в організації виробництва і праці, які породжують невідворотні суперечності між сторонами та не залежать від їхньої поведінки.

Передусім йдеться про причини організаційного характеру. Це і низький рівень організації праці, і слабе забезпечення захисту трудових прав та законних інтересів працівників, і окремі прорахунки при запровадженні державного регулювання цін, тарифів або особливих умов порядку надання послуг та виконання робіт, неконкурентноспроможність продукції й відсутність замовлень, а також порушення вимог законодавства про охорону праці.

Об'єктивними причинами є також соціально-економічні чинники. Зокрема, це фінансові труднощі підприємств, які перешкоджають своєчасній виплаті заробітної плати, наданню працівникам передбачених законодавством або колективним договором гарантій та пільг, відсутність коштів на соціально-побутове обслуговування працівників, а також на охорону праці, значні обсяги кредиторської та дебіторської заборгованості, недостатність фінансування відповідних витрат бюджетних установ та організацій.

Причини економічного характеру зумовлюють відповідні соціальні наслідки, які в свою чергу теж можуть викликати трудові спори.

Що стосується причин юридичного характеру, то такими вважаються суперечності в законодавстві про працю, які зазвичай дають підстави для появи суперечностей суб'єктивного плану. Це зумовлено тим, що в умовах реформування трудового законодавства деякі зміни, які вносяться до чинного КЗпП України, можуть суперечити як самому кодексу так і спеціальному законодавству. Аналогічно і закони, які ухвалюються з метою регулювання окремих видів трудових відносин, теж є не завжди ідеальними і можуть містити норми, що не відповідають чинному КЗпП.

Навіть та обставина, що законодавець не зумів визначитись із предметом індивідуального трудового спору та наявність інших прогалин у законодавстві,

яке не завжди встигає за темпами розвитку соціально-трудових відносин може бути причиною появи трудових спорів.

До причин юридичного характеру можна також віднести недостатність і слабкість юридичних гарантій захисту трудових прав і законних інтересів працівників. У суспільстві об'єктивно утвердилась недовіра громадян до роботодавців, і до державних органів, (передусім судів)які мали б порушені права захистити. Подекуди не вистачає законодавчої бази необхідної для захисту трудових прав працівників. Зокрема, до сих пір в Україні відсутні закони про альтернативні способи вирішення трудових спорів.

Причини суб'єктивного характеру пов'язані із волевиявленням сторін трудових правовідносин. До них слід віднести такі обставини які можуть стати причиною загострення у відносинах між роботодавцем і працівником внаслідок дій або бездіяльності котрогось із них. Найбільш характерними прикладами такого роду причин появи трудових спорів можуть бути:

- порушення законодавства про працю роботодавцем, яке призводить до порушення суб'єктивних трудових прав працівників. Воно зумовлено або незнанням законодавства, або ж свідомим невиконанням його вимог;

- невиконання або неналежне виконання працівниками своїх трудових обов'язків. У випадку порушення трудової дисципліни працівник притягується до дисциплінарної відповідальності. На практиці такі спори найчастіше виникають з приводу дисциплінарних звільнень.

- різне розуміння норм трудового права роботодавцем, та працівником. Воно може бути зумовлено як суперечностями в самому законодавстві, так і низькою правовою освітою громадян.

- помилки однієї із сторін спору про наявність чи відсутність фактичних обставин, з якими закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення певних трудових правовідносин. Сюди можна віднести також добросовісну помилку щодо змісту і об'єкту трудових прав працівника, необгрунтовані вимоги працівника на задоволення яких він не має права.

- не реагування або несвочасне реагування роботодавця на запити чи проблеми найманих працівників.

КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ НОРМАТИВНИХ АКТІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ - ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Радь О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Активний розвиток української правової системи дозволяє констатувати факт позитивного ставлення до судового нормотворення. Кількість науковців, які досліджують акти судової влади в контексті визнання їх джерелом націона-

льного права держав романо-германської правової системи дедалі збільшується. Зокрема, у своїх працях С.В. Шевчук, М.М. Марченко, Н.В. Стецик, О.В. Попов, Є.В. Сем'янов та інші переконливо доводять, що судова влада уже сьогодні творить, змінює та скасовує норми права.

Разом з тим, єдності науковців щодо форм зовнішнього об'єктивування результатів цієї діяльності немає. Різноманітність поглядів щодо форм зовнішнього об'єктивування результатів судової нормотворчості засвідчує чималий інтерес наукової громадськості до цього питання. Постійно ведуться спроби охарактеризувати та класифікувати відповідні результати. Та часом ці намагання призводять до того, що у межах одного поняття розглядаються різні явища. Наприклад, не можемо погодитись із думкою М.М. Марченка, який серед форм виразу норми права називає судову практику, адже вона позначає саму діяльність, що спрямована на реалізацію завдань органів судової влади в межах їх компетенції. Також вважаємо помилковими судження про те, що формами судового нормотворення є правові положення, правові позиції та судовий прецедент.

Нинішні умови суспільного розвитку дозволяють нам відверто заявити про виокремлення єдиної форми судового нормотворення – акта судової влади, якому властиві такі ознаки як нормативність, загальнообов'язковість, формальна визначеність і загальновідомість, та іменувати його нормативним актом судової влади.

Нормативні акти судової влади є неоднорідним правовим явищем. І це, як наслідок, породжує необхідність їх внутрішнього структурно-логічного впорядкування. Їх поділ на види та групи за певними критеріями допоможе з'ясувати внутрішні зв'язки між ними, виявити особливості їх функціонування і співвідношення, сприятиме їхній практичній реалізації. Класифікація надає можливість чітко визначити місце кожного акта як у системі форм судового нормотворення, так і в системі джерел права. Вона допоможе детально проаналізувати особливості різних видів актів, а також визначити способи їх удосконалення.

Аналізуючи праці вчених-теоретиків, можна спостерігати помилкове об'єднання декількох критеріїв поділу в один. Найчастіше це зміст акта та форма зовнішнього об'єктивування результатів судового нормотворення. Ми ж пропонуємо використати ці критерії як самостійні при класифікації актів органів судової влади. За змістом нормативні акти судової влади поділяються на акти правосуддя та акти організаційного характеру, які за своєю сутністю сприяють правосуддю. Форма нормативного акта судової влади продиктована видом діяльності судової влади та може об'єктивуватись у рішеннях, постановках, ухвалах, положеннях, висновках. Критерії «зміст акта» та «форма зовнішнього об'єктивування результатів судового нормотворення» сміливо можна вважати основними. Адже тільки обізнаність щодо змістовного наповнення акта та його зовнішнього виразу, допоможуть стверджувати, що він є нормативним.

Також важливою ознакою нормативного акта судової влади є суб'єкт його ухвалення. Виокремлення серед суб'єктів судового нормотворення як національних, так і міжнародних судових органів, дозволяє вказати на наявність ще одного критерію для класифікації. Отже, нормативні акти судової влади поділяються на міжнародні та національні. Останні, у свою чергу, залежно від

юрисдикції суду, поділяються на акти судів конституційної та загальної юрисдикції. Крім цього, за видами судочинства такі види джерел трудового права, як нормативні акти судової влади розмежовують на ті, що ухвалені за наслідками вирішення цивільних та адміністративних справ. При цьому перші виносять загальні суди, а другі – спеціалізовані. Залежно від складу судового органу акти можуть ухвалюватись одноособово та колегіальними органами.

Доволі цікавим та не менш значущим аспектом при дослідженні критеріїв класифікації нормативних актів судової влади є види діяльності судової влади. Основним серед них, без сумніву, є правозастосовна діяльність і полягає вона у використанні усіх нормативних актів при здійсненні судочинства. Однак це не єдиний вид діяльності, який застосовує судова влада. Ми поділяємо судову діяльність на нормотворчу, правоінтерпретаційну та правозастосовну. Та пропонуємо виділити ще один критерій для класифікації усіх нормативних актів судової влади: їх поділ за видами судової діяльності, унаслідок якої вони ухвалюються. Судова нормотворчість є наслідково-похідною від правотлумачення та правозастосування. Але водночас це самостійний прояв діяльності судових органів, хоч і у межах здійснення основної функції судової влади – здійснення правосуддя. Знову ж таки не варто забувати про акти, ухвалені в результаті локальної нормотворчості, яка здійснюється за межами функції правосуддя. Важливе значення для регулювання саме трудових відносин мають акти органів суддівського самоврядування. Акти локальної нормотворчості можуть виносити і колегіальні (наприклад, органи суддівського самоврядування та пленуми вищих судових інстанцій), і одноособові органи судів загальної та конституційної юрисдикції (наприклад, акти керівництва суду). Головне, щоб вони містили нормативно-правові приписи про організацію та порядок діяльності відповідних судових органів. Ці організаційно-розпорядчі акти ухвалюються з метою сприяння здійсненню правосуддя.

Правозастосовна діяльність проявляється у здійсненні судочинства. Та насправді за результатами правозастосовної діяльності суду можуть ухвалюватись і нормативні акти. Зразками таких є рішення судів щодо скасування дії нормативно-правових актів, рішення ухвалені за аналогією закону та права і на основі норм, що містять оціночні поняття. Це також рішення Верховного Суду України, які прийняті з питань неоднакового застосування судами норм матеріального права у подібних правовідносинах.

За наслідками правоінтерпретаційної діяльності ухвалюються окремі рішення Конституційного Суду України, постанови пленумів вищих спеціалізованих судів та рішення Європейського Суду з прав людини. Адже нормативні правоконкретизуючі положення актів судової влади тотожні конкретизуючим правовим нормам, що створюються в процесі правотворчості.

Отже, у процесі правотлумачення (інтерпретації права) чи правозастосування народжується нова правова норма, автором якої є орган судової влади, що провадив цю діяльність. А зовнішньою формою її виразу вважаємо відповідний нормативний акт. Судова нормотворчість є наслідково-похідною від правотлумачення та правозастосування. Але, водночас, це самостійний прояв діяльності судових органів, хоч і у межах здійснення основної функції судової влади – здійс-

нення правосуддя. Відтак, один і то же акт судової влади може ухвалюватись од-ночасно за наслідками як нормотворчої, так і правозастосовної чи правотлумачної діяльності. Тобто він є сумарним результатом декількох видів діяльності судової влади. Адже крім нового нормативно-правового припису, що позначає наслідок нормотворення, ці акти містять також нагадування про вже чинні норми права, роз'яснення змісту діючих правових норм, формулювання логічних висновків, які випливають з них без будь-якої конкретизації цих правоположень тощо.

У підсумку зазначимо, що класифікація нормативних актів судової влади за допомогою вдалого вибору підстав для поділу, дозволяє уникнути характеристики формальних ознак відповідного правового явища і зосередити увагу на викладі та поясненні його суті. Такими критеріями для класифікації нормативних актів судової влади вважаємо юрисдикцію суду, суб'єкт їх ухвалення, зміст акта, форму зовнішньої об'єктивації (зовнішнього виразу), а також вид судової діяльності, за наслідками якої вони ухвалені.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЙНИХ ПОЛОЖЕНЬ, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ОСНОВИ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УКРАЇНИ

Раневич О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У теорії права конституційні положення, які визначають основи регулювання суспільних відносин визнаються загальнообов'язковими правилами поведінки, що мають найвищу юридичну силу та забезпечують регулювання найважливіших відносин, закріплені у вигляді конституційних норм та є, водночас, первинним елементом конституційного права й структурною частиною Основного Закону.

Вираження конституційних положень, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення у конституційних нормах пояснюється тим, що Конституція України, як вказано у її Преамбулі виступає Основним Законом, який, у свою чергу, є нормативним актом найвищої юридичної сили. Норми права, що містяться у цьому акті за своєю юридичною природою є специфічними порівняно з іншими та мають особливі юридичні властивості, що притаманні тільки їм.

Конституційні норми, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення є правовою підставою формування галузі права соціального забезпечення та слугують орієнтиром правового забезпечення соціальної сфери суспільного життя. Конституційні норми, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення в Україні виступають принципами, згідно з якими відбувається формування галузь права соціального забезпечення, встановлюються її мета та завдання.

Таким чином, конституційні положення, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення України, мають об'єктивоване вираження у конституційних нормах-принципах, які визначають основні вихідні ідеї соціального забезпечення, як галузі права та слугують правовою основою формування права соціального забезпечення.

Варто зазначити, що права природна конституційних норм, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення є неоднозначною. Зокрема, конституційне положення про те, що Україна є соціальна держава (стаття 1 Конституції України) виступає щодо держави, як норма-завдання. Тобто, остання повинна здійснювати політику та розвиватися у руслі соціальної орієнтації, водночас таке положення для галузі права соціального забезпечення має правову властивість норми-принципу, яка повинна враховуватися при створенні нових норм права соціального забезпечення, внесення змін до існуючих норм та скасування таких, що не відповідають стану сучасних відносин соціального забезпечення.

Тому деяким конституційним нормам, що містять положення щодо регулювання відносин соціального забезпечення притаманна подвійна правова природа, яка обумовлюється комплексним регулюванням суспільних відносин, які визначають основні засади суспільного, політичного, економічного ладу і включають як організаційно-політичні, так і соціально-економічні відносини.

Суть цього питання полягає в тому, що саме конституційне положення є граматично та логічно завершеним судженням, яке визначає поведінку учасників відносин соціального забезпечення та має юридичні властивості, похідні від Основного Закону, але в силу існуючого правового правопорядку відповідне положення не може бути самостійним засобом регулювання відносин соціального забезпечення, адже не наділене безпосереднім юридичним дозволом, що, у свою чергу, забезпечуються за допомогою конституційної норми-принципу, яка виступає об'єктивованим вираженням конституційних положень, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення України.

Поясненням цього виступає стаття 8 Конституції України, у якій зазначено, що норми Конституції України є нормами прямої дії. До прикладу законодавчий процес, який полягає у створенні нових, зміні існуючих та скасуванні застарілих норм права соціального забезпечення повинен враховувати конституційні норми-принципи, що стосуються соціального забезпечення та відповідати їх меті і завданню. Конституційні норми-принципи соціального забезпечення мають застосування по відношенню до законодавчого процесу та трансформацію і розвиток, що породжує нові норми права соціального забезпечення або зміну існуючих. Як правило, застосуванню підлягає норма-принцип, що впливає із статті 8 Основного Закону.

Конституційні положення, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення України закріплені як безпосередньо, адже знайшли вираження у конституційній нормі-принципі, з якої простежується однозначна та завершена ідея соціального забезпечення, так і знайшли побічне закріплення правового принципу, про який робиться висновок із системного аналізу положень соціального забезпечення, що відображені у Конституції України як цілісному акті.

Також, виступає необхідність поділу конституційних норм-принципів соціального забезпечення, за призначенням у механізмі соціально-правового регулювання, на матеріальні норми-принципи соціального забезпечення та процесуальні норми-принципи соціального забезпечення.

Такий поділ є виправданим, адже як вказує Ю. М. Бисага матеріальне конституційне право об'єднує конституційно-правові норми, що визначають зміст конституційного права, а процесуальне – це сукупність норм, які регламентують порядок реалізації матеріальних норм конституційного права, порядок реалізації прав та обов'язків суб'єктів конституційно-правових відносин. Регламентація у конституційних нормах-принципах положень, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення України, ще не є гарантією їх використання, дотримання або виконання без конституційної процедури, яка визначає основні принципи щодо вчинення вищезазначених дій.

Матеріальні норми-принципи соціального забезпечення, на думку В. Ф. Погорілка, це норми, що містять установи, права, обов'язки та заборони поведінки суб'єктів соціально забезпечувальних відносин. Наприклад, матеріальною нормою-принципом є положення статті 46 Конституції України, яке визначає, що громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом.

До процесуальних норм-принципів соціального забезпечення, В. Е. Теліпко відносить загальнообов'язкові, формально визначені правила поведінки загального характеру, що встановлюють порядок застосування та регламентування процедур реалізації матеріальних норм-принципів соціального забезпечення, адже містять правила поведінки суб'єктів права, яких вони мають додержуватися при реалізації належних їм прав і обов'язків. Прикладом такої норми-принципу є стаття 22 Конституції України, яка регламентує правотворчу процедуру щодо прийняття нових законів або внесенні змін до чинних законів права соціального забезпечення, у процесі якої не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод щодо соціального забезпечення.

Таким чином, під конституційною нормою-принципом соціального забезпечення варто розуміти загальне правило, яке містить вихідні положення щодо ідеї та змісту формування права соціального забезпечення, а також регулювання соціально-забезпечувальних відносин.

До правових особливостей конституційних норм-принципів соціального забезпечення варто віднести наступні:

1) конституційна норма-принцип соціального забезпечення виступає загальним правилом, яке отримало легітимний дозвіл на вираження засад соціального забезпечення, що сформувалися внаслідок укорінених у суспільстві цінностей, уявлень та переконань, соціальної справедливості, розумності та гідності;

2) конституційні норми-принципи соціального забезпечення мають більш стабільний характер, порівняно із загальними нормами права соціального забезпечення. Такі норми-принципи є відображенням сформованих соціально-забезпечувальних відносин.

льних потреб суспільства, які мають тривалий проміжок часу щодо трансформації та переосмислення;

3) конституційні норми-принцип соціального забезпечення виступають системоутворюючим елементом права соціального забезпечення;

4) конституційні норми-принцип соціального забезпечення формуються під впливом суспільних відносин і продовжують тісну взаємодію з розвитком соціальних цінностей останніх. Водночас, завершення формування конституційних норми-принципів соціального забезпечення не відбувається після надання їм формальної визначеності та юридичної сили, шляхом закріплення в Основному Законі, такі норми-принцип продовжують формування у суспільстві в залежності від його соціальних потреб. Таке формування відбувається з дотриманням конституційних норм-принципів соціального забезпечення шляхом розвитку галузі права соціального забезпечення, що обумовлює прийняття нових норм, які враховуватимуть суспільно реалії та соціальні зміни. Внаслідок такого алгоритму дій і відбувається формування права соціального забезпечення як галузі права в руслі соціально забезпечувальних засад.

Отже, конституційні положення, що визначають основи регулювання відносин соціального забезпечення – це граматично та логічно завершені судження, що мають об'єктивоване вираження у вигляді конституційних норм, наділені особливими юридичними властивостями та спрямовані на регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку із соціальним захистом людини і громадянина (наділені соціальним змістом, який спрямовується на здійснення соціального захисту людини і громадянина).

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДОКУМЕНТІВ ПО РОБОТІ ІЗ ПЕРСОНАЛОМ.

Стасів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законодавством України визначено, що роботодавцем є юридична особа (підприємство, установа, організація) або фізична особа – підприємець, яка в межах трудових відносин використовує працю фізичних осіб¹. Особливий правовий статус, яким наділив законодавець цього суб'єкта, покладає на нього обов'язок щодо проведення ефективної кадрової політики.

Кадрова політика формується керівництвом організації та реалізується кадровою службою в процесі виконання її працівниками своїх функцій. Оцінка діяльності останньої ґрунтується на визначенні ефективності кадрової роботи, спрямова-

© Стасів О., 2016

¹ Закон України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» від 22.06.2012 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 22, ст.216

ної на досягнення цілей організації та якісне виконання поставлених перед нею завдань. Одним із таких завдань є оформлення документів по роботі із персоналом.

В залежності від призначення таких документів пропонуються різні поділяти їх на різні види. Так, наприклад, Макух Я. вважає, що за призначенням вони поділяються на індивідуальні та типові. Перші видаються кожного разу для вирішення конкретних управлінських справ. Другі – більш-менш масштабного значення (типові інструкції, положення, зразки, стандарти тощо). За цією ж ознакою науковець виділяє документи, які використовуються для фіксування фактів, подій, явищ (акти, звіти, протоколи), так і ті, що слугують для передачі інформації (листи, телеграми, рекомендації тощо)¹. Проте такий поділ має свої недоліки. В першій класифікації невдалим є не тільки поділ документів на індивідуальні і типові (назви підгруп документів не відповідають складу), але й їхнє змістовне наповнення. Так, масштабність значення документів, як зазначає Макух Я., аж ніяк не впливає на його призначення.

Другий поділ також видається недосконалим. Адже якщо документ використовується для фіксування фактів, подій, явищ, то він вже так чи інакше буде передавати цю інформацію.

Проаналізувавши наведені класифікації документів по роботі з персоналом пропонуємо поділяти їх за призначенням на наступні види: організаційна документація, документація з особового складу, документація щодо охорони праці, документація щодо призначення пенсій та статистична документація.

До організаційної документації зазвичай відносять правила внутрішнього розпорядку, колективний договір, положення про структурний підрозділ, штатний розпис, посадові інструкції та інші види документів, які закріплюють функції, обов'язки та права юридичної особи².

Натомість до документів із особового складу пропонуємо віднести документи, які передують виникненню трудових відносин, а саме резюме, довідка про використання поліграфа (детектора брехні) тощо. Дану групу документів формують також розпорядчі документи з особового складу: прийняття на роботу (заява про прийняття на роботу, автобіографія, наказ про прийняття на роботу); переведення на іншу роботу (заява про переведення на іншу роботу, наказ про переведення на іншу роботу, наказ про виконання обов'язків тимчасово відсутнього працівника); звільнення працівників (заява про звільнення працівника, зразок наказу про звільнення); надання відпусток (зразок заяви про надання відпустки, графік відпусток, наказ про відпустку); відрядження (завдання на службове відрядження, наказ про службове відрядження, журнал реєстрації посвідчень про відрядження, звіт про використання коштів, наданих на відрядження, службова записка); заохочення (подання про заохочення працівника, наказ про заохочення працівника, положення про преміювання); дисциплінарні стягнення (акт про відсутність працівника на робочому місці,

¹Макух Я. Документальний супровід персоналу : навч. посіб. – Львів : ПАІС, 2012. – с. 17.

²Співак В.А. Документування управлінської діяльності. (Діловодство), СПб., Літер, 2005. -80 с.

наказ про оголошення догани, наказ про звільнення за прогул) тощо. До даної групи документів також можна віднести трудовий договір, договір про повну матеріальну відповідальність працівника тощо.

До документів щодо охорони праці пропонуємо віднести організаційну документацію щодо охорони праці: зразок розкладу заходів з охорони праці, припис служби з охорони праці, Типове положення про роботу уповноважених трудових колективом з питань охорони праці, а також Положення про деякі питання розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві та інші.

Наступна група документів стосується призначення пенсій. До документів, які її формують відносимо довідку про заробітну плату для обчислення пенсії, подання про призначення пенсії, заяву про призначення (перерахунок) пенсії та інші документи, які містять індивідуальні відомості про застраховану особу.

Останню групу документів формує статистична документація. До неї відносимо види статистичних документів: звіт про стан умов праці, пільги та компенсації за роботу зі шкідливими умовами праці. Крім того, дана група документів доповнюється звітом з праці (форма №1-ПВ квартальна), звітом про попит на робочу силу (вакансії) (форма №3-ПН місячна), а також звітом про заплановане масове вивільнення працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці (Форма №4-ПН).

ПРАВА ВЛАСНИКІВ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК НА НАДРА

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед основних напрямів реформування земельних відносин в Україні є розвиток відносин власності на земельні ділянки, особливо приватної. З правом власності на земельні ділянки нерідко пов'язані права на інші природні об'єкти, що на ній (чи під нею) знаходяться. Співвідношення прав на земельну ділянку з правами на надра, води, ліси і т.і. є складною теоретичною проблемою, яка потребує відповідних наукових досліджень.

Права на надра часто пов'язують із правами на корисні копалини. У законодавстві багатьох держав склалося правило, що право власності на корисні копалини належить, або державі, або власникові землі. Здебільшого права на корисні копалини належать державі, що пов'язані з їх стратегічним значенням. Особливо це стосується залізрудних та енергетичних корисних копалин.

Основні засади регулювання відносин власності на корисні копалини полягають у тому, що власник земельної ділянки не є власником корисних копалин. Її видобування можливе навіть проти волі власника земельної ділянки.

Конституція України (ст.13), Кодекс України про надра(надалі КпН) (ст.4) визначають надра виключною власністю Українського народу. Фізичним та юридичним особам надра надаються тільки у користування.

За загальним правилом надра надаються у користуванням, установам, організаціям і громадянам лише за наявністю у них спеціального дозволу на користування ділянкою надр. Право користування надрами засвідчується актом про надання гірничого відводу (ст.19 КпН).

Однак, це правило стосується спеціального природокористування, яке є платним, здійснюється на підставі спеціальних дозволів для здійснення переважно виробничої діяльності. Для загального природокористування (в т.ч. і надрами) із цього правила зроблено виняток. Відповідно до ч.1 ст.23 КпН землевласники і землекористувачі в межах наданих їм земельних ділянок мають право без спеціальних дозволів та гірничого відводу видобувати для своїх господарських та побутових потреб корисні копалини місцевого значення і торф загальною глибиною розробки, до двох метрів, підземні води для власних господарсько-побутових потреб, нецентралізованого і централізованого (крім виробництва фасованої питної води) господарсько-питного водопостачання, за умови, що продуктивність водозаборів підземних вод не перевищує 300 кубічних метрів на добу та використовувати надра для господарських та побутових потреб.

Під своїми господарсько-побутовими потребами розуміються потреби власника землі чи землекористувача, не пов'язані з використанням результатів такої діяльності з комерційними цілями, в т.ч. для виробничих потреб з метою отримання прибутку.

Перелік корисних копалин місцевого значення визначається Кабінетом міністрів України. Водночас, необхідно пам'ятати, що термін «корисні копалини місцевого значення» замінив у законодавстві термін «загальнопоширені корисні копалини».

Разом з тим, у законодавстві України, зокрема у земельному, частково зберігся термін «загальнопоширені корисні копалини». Так, у п.1. в.ч.1 ст. 90 Земельного кодексу України закріплено право власників земельних ділянок використовувати у встановленому порядку, для власних потреб наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини, торф, лісові насадження, водні об'єкти, а також інші корисні властивості землі. Очевидно, що терміни «корисні копалини місцевого значення» та «загальнопоширені корисні копалини» вживаються як синонімічні, їх застосування не слід трактувати як розбіжності між земельним та гірничим законодавством.

Безпідставним видаються твердження деяких науковців про те, що надра можна вважати складовою частиною чи приналежністю земельної ділянки. Адже у такому випадку права на надра повинні бути залежними від прав на земельну ділянку, а надра повинні слідувати юридичній волі земельної ділянки.

Разом з тим, як вже зазначалося, надра є об'єктом виключної власності Українського народу і у приватну власність передаватися не можуть. Окремі можливості щодо використання надр, що надаються чинним законодавством власникам земельних ділянок та землекористувачам, здійснюються ними в по-

рядку загального природокористування і не передбачають переходу права власності на ділянки надр.

Крім того, надра є самостійними об'єктами правового регулювання. Про це, свідчить, по-перше, визначення надр, яке дається в КпН, як частини земної кори, що розташована під поверхнею землі та дном водойми і простягається до глибини, доступних для геологічного виявлення та освоєння; по-друге, наявність розгалуженої системи законодавства, що регулював відносини у сфері використання та охорони надр на чолі з КпН.

Право загального надрокористування дозволене для власників земельних ділянок та землекористувачів, може бути обмежене або й заборонене, виходячи з особливостей правового режиму окремих земельних ділянок. Так, видобування будь-яких корисних копалин забороняється на території природних заповідників (ст. 16 Закону України «Про природно-заповідний фонд України»); у зоні суворого режиму округу санітарної охорони курорту (ст. 30 Закону України «Про курорти»); на деяких інших земельних ділянок.

Суттєві обмеження щодо здійснення власниками земельних ділянок права загального надрокористування встановлені й законодавством України про охорону земель. Так, при здійсненні діяльності, пов'язаної з порушенням поверхневого шару ґрунту, власники земельних ділянок та землекористувачі повинні здійснювати зняття, складування, зберігання поверхневого шару ґрунту нанесення його на ділянку, з якої він був знятий (рекультивуація), або на іншу земельну ділянку для підвищення її продуктивності та інших якостей (ст. 168 ЗК України).

Таким чином, законодавство України визнає землі та надра самостійними об'єктами правового регулювання. Надра, на відміну від земельних ділянок, не можуть передаватися у приватну власність. Окремі можливості власників земельних ділянок щодо використання надр, суворо регламентовані та обмежені законодавством.

ЗНАЧЕННЯ КОЛЕКТИВНОГО ДОГОВОРУ У РЕГУЛЮВАННІ ОПЛАТИ ПРАЦІ

Фурик І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Колективний договір є одним із найважливіших регуляторів відносин оплати праці. Розширення кола відносин заробітної плати, які підлягають встановленню сторонами на виробничому рівні, є свідченням децентралізації правового регулювання заробітної плати.

В літературі підкреслюється, що колективний договір виконує декілька функцій: конкретизує правові норми, які містяться в нормативно-правових ак-

тах; підвищує гарантії трудових прав працівників; заповнює прогалини, які є в праві; здійснює вплив на формування правосвідомості працівників і роботодавців і зміст державного регулювання в сфері праці. Колективний договір може передбачати додаткові порівняно з чинним законодавством і угодами гарантії, підвищений розмір заробітної плати, додаткові доплати до заробітної плати, які не передбачені чинним законодавством.

Чинний Кодекс законів про працю, Закон «Про колективні договори і угоди», Закон «Про соціальне партнерство» не визначають ієрархії колективних договорів і угод, а також місця колективного договору серед локальних нормативно-правових актів. Це має важливе значення оскільки дозволяє визначити межі змісту колективного договору.

Колективний договір і інші локальні нормативні акти, являють собою дві різні моделі регулювання відносин оплати праці на рівні підприємства. Модель колективного договору ґрунтується на погодженні інтересів роботодавця і працівників. Вона здійснюється шляхом колективних переговорів як форма соціального партнерства. Друга модель передбачає перевагу інтересів роботодавця, як особи, що наділена господарською владою.

Колективний договір, зокрема, в частині регулювання оплати праці, є основою для прийняття локальних нормативно-правових актів.

У чинному законодавстві не визначено взаємозв'язків колективного договору та інших локальних нормативних актів, що регулюють соціально-трудові відносини. Порядок його прийняття і значення згідно з основними принципами про посвідчення державного й договірної регламентування трудових відносин виділяють договір серед інших локальних нормативних актів, що впорядковують трудові й пов'язані з ними відносини в підприємстві. Як правильно відмітив Марченко М.Н., домовленості працівників і роботодавців на рівні організації можуть бути закріплені в локальних нормативних актах.

Роль колективного договору серед інших локально-правових актів обумовлена рядом факторів. По-перше, колективний договір є єдиним локальним продуктом спільної нормотворчості працівників і роботодавця. Це характеризує його як форму реалізації паритетності сторін в трудових правовідносинах. По-друге, саме кодексом законів про працю визначено, що умови трудового договору повинні відповідати колективному договору. А в Законі «Про оплату праці» зазначено, що лише у випадках не укладення колективного договору роботодавець зобов'язаний погодити питання заробітної плати з виборним органом первинної профспілкової організації, що представляє інтереси більшості працівників, а у разі його відсутності – з іншим уповноваженим на представництво органом.

Як впливає із самої суті колективного договору, а також із Закону «Про оплату праці», колективний договір є основним актом, який регулює організацію оплати праці на підприємствах.

З цього можемо зробити висновок, що локальні акти роботодавця в частині регулювання оплати праці повинні відповідати колективному договору. Це підтверджується і положеннями проекту Трудового кодексу в ст.13 якого зазна-

чено, що нормативні акти роботодавця не можуть суперечити актам трудового законодавства, колективним угодам, колективному договору.

Важко, однак, підтримати позицію розробників проекту Трудового кодексу, які зазначають, що у випадку не укладення колективного договору, питання, що мають бути ним урегульовані відповідно до вимог Кодексу, регулюються нормативними актами роботодавця, погодженими з виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником) чи після проведення з ним консультацій, а в разі відсутності первинної профспілкової організації роботодавець самостійно приймає такі акти. Така норма суперечить ідеям соціального партнерства, оскільки наділяє роботодавця повноваженнями ігнорувати інтереси інших суб'єктів соціального партнерства. Не зовсім вірною в цьому аспекті видається і пропозиція Марченка М.Н. про те, що сторонам необхідно надати право самостійно визначати, в якому локальному акті фіксувати ті чи інші формули паритетності при прийнятті локальних нормативних актів. Адже це фактично надання роботодавцю права самостійно вирішувати питання про форму паритетності.

Як відомо, юридична наука виділяє дві форми спільної нормотворчості роботодавця і виборного органу первинної профспілкової організації: спільно з роботодавцем; погодження з виборним органом первинної профспілкової організації.

В літературі зазначається, що прийняття роботодавцем локальних нормативно-правових актів з врахуванням думки виборного органу первинної профспілкової організації фактично дозволяє роботодавцю самостійно приймати відповідні акти, оскільки висновки профспілки не мають обов'язкової юридичної сили для роботодавця.

У випадку не укладення колективного договору найкращим виходом із ситуації може бути спільне прийняття локального нормативно-правового акту з виборним органом первинної профспілкової організації. Якщо ж такого органу на підприємстві не існує, або він не утворений то, доцільно скористатися існуючою нормою закону «Про оплату праці», про обов'язкове погодження цього питання з іншим уповноваженим на представництво органом.

У той же час необхідно враховувати і можливості індивідуально-договірному регулювання відносин оплати праці. Однак при цьому необхідно виходити із позиції, що воно не повинно суперечити умовам колективного договору.

Приймаючи це до уваги потрібно законодавчо визнати за колективним договором чільне місце, яке він займає в системі локальних актів підприємства.

Локальні нормативно-правові акти з питань оплати праці повинні відповідати колективному договору і не суперечити йому. Очевидно, що таку норму необхідно закріпити і в чинному Законі «Про оплату праці». Необхідно підтримати положення проекту Трудового кодексу України про те, що нормативні акти роботодавця не можуть суперечити актам трудового законодавства, колективним угодам, колективному договору.

У зв'язку з досліджуваною проблемою актуальним є питання про обов'язковість укладення колективного договору. Ні Закон України «Про ко-

лективні договори і угоди», ні Глава 2 КЗпП України не передбачають норм, які містили б положення щодо обов'язковості укладення договорів. Відповідно до Закону колективний договір укладається на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності й господарювання, які використовують найману працю і мають права юридичної особи. Міжнародні норми, зокрема, Конвенція МОП №98 «Про застосування принципів права на організацію та ведення колективних переговорів» і Рекомендації МОП №91, вказують що там, де необхідно, вживаються заходи, що відповідають умовам країни, з метою заохочення і сприяння повному розвитку й виконанню процедури ведення переговорів на добровільних засадах між підприємцями – з однієї сторони й організаціями працівників – з іншої з метою регулювання умов праці шляхом укладання колективних договорів. Що ж стосується норми про обов'язковість укладення договору, яка міститься в Господарському кодексі України, то відповідно до його ст.4 трудові відносини не є предметом регулювання кодексу. Останній регламентує господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у цій сфері (ст.1). Тобто в даному випадку необхідно виходити позиції соціального діалогу про добровільність укладення колективного договору.

За ч.2 ст.11 КЗпП України колективний договір може укладатися у структурних підрозділах підприємства, установи, організації в межах їх компетенції. Аналогічний за змістом припис міститься і в ч.2 ст.2 Закону України «Про колективні договори і угоди». Як наслідок – на практиці може виникнути ситуація, коли на підприємстві укладено й діє два колективних договори – який поширюється на всіх працівників підприємства, включаючи працівників структурних підрозділів і який діє в рамках структурних підрозділів. Виникає питання про їх співвідношення й дію в межах останніх. Вважаємо, що положення колективного договору структурного підрозділу, що погіршують становище працівників порівняно з колективним договором підприємства, є недійсними, а повинні застосовуватися приписи договору підприємства як основного його локального нормативного акта. Положення ж договору структурного підрозділу, що поліпшують становище або регулюють специфічні умови праці працівників, мають пріоритет перед аналогічними приписами колективного договору організації в цілому.

Зазначена проблема, на наш погляд, також вимагає законодавчого вирішення. Тому необхідно законодавча закріпити положення про те, що умови колективного договору структурного підрозділу не можуть погіршувати становище його працівників порівняно з колективним договором підприємства в цілому, якщо такий було укладено. У випадку виникнення протиріччя між ними, діють норми, що встановлюють сприятливіші умови для працівників.

ПОБУТОВІ ВІДХОДИ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.**Чопко Х.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

В умовах сьогодення проблема екологічної безпеки набула особливої актуальності, а зумовлено це утворенням великих обсягів відходів. Відповідно до ст. 1 Закон України «Про відходи» відходи – це речовини, матеріали і предмети, що утворюються у процесі людської діяльності. Вони не можуть у подальшому використовуватись за місцем утворення чи виявлення. Саме неможливість використання в подальшому цих речовин, матеріалів і предметів дає змогу їх відокремити від інших об'єктів, які не належать до категорії відходів.

Різновидом відходів, проблеми із знищенням чи утилізацією яких набувають особливого поширення є побутові відходи. Побутові відходи – це відходи, що утворюються в процесі життя і діяльності людини в житлових та нежитлових будинках (тверді, великогабаритні, ремонтні, рідкі) крім відходів, пов'язаних з виробничою діяльністю підприємств і не використовуються за місцем їх накопичення (п. 23 ст. 1 Закон України «Про відходи»). Співвідношення між накопиченням побутових відходів та заходів із їх знешкодження не співмірне і як наслідок поглиблення екологічної кризи та загострення соціально-економічної ситуації в державі. Виникнення такої проблеми зумовлено наявністю декількох факторів. Зокрема, науково-технічний прогрес дозволяє людству використовувати у своєму повсякденному, побутову житті нові технології, що в свою чергу вимагає додаткового часу та зусиль для їх знищення чи знешкодження в процесі споживання чи використання. Це ж не завжди населенням дотримується, що і призводить до масового забруднення побутовими відходами навколишнє природне середовище. Не досконала і законодавча база, що регулює питання поводження з побутовими відходами. В Законі України «Про відходи» визначення побутових відходів як відходів, що утворюються в процесі життя і діяльності людини в житлових та нежитлових будинках (тверді, великогабаритні, ремонтні, рідкі) крім відходів, пов'язаних з виробничою діяльністю підприємств і не використовуються за місцем їх накопичення (п. 23 ст. 1 Законі України «Про відходи») обмежує поняття «побутових відходів» сферою людської діяльності. Водночас, побутові відходи можуть утворюватися також і внаслідок природних та техногенних катастроф. Державний класифікатор відходів ДК 005-1996 розширює їх поняття і включає відходи як створені внаслідок природних, так і техногенних катастроф. Таким чином, побутові відходи – це відходи, що можуть бути утворені як внаслідок життєдіяльності людини, так і природних та техногенних катастроф в житлових та нежитлових будинках (тверді, великогабаритні, ремонтні, рідкі) крім відходів, пов'язаних з виробничою діяльністю підприємств і не використовуються за місцем їх накопичення.

Залишаються не врегульованими і відносини із зберігання та вивезення твердих і рідких побутових відходів, оскільки втратив чинність Наказ Державного комітету будівництва архітектури та житлової політики України «Про затвердження Правил надання послуг із збирання та вивезення твердих і рідких побутових відходів». Натомість нового нормативно-правового акту, який би регулював відносини між споживачами і виконавцями послуг із збирання та вивезення твердих і рідких побутових відходів немає. Зазначені обставини і зумовлюють величезний розрив між прогресуючим накопиченням побутових відходів та заходів з їх утилізацією, що і зумовлює поглиблення екологічної кризи в Україні та вжиття державою додаткових більш сурових заходів до населення та прийняття низки нормативно-правових актів для уникнення такої ситуації.

ЩОДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПРИЯННЯ ЗАЙНЯТОСТІ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ

Швець Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Масове вимушене переселення людей стало одним із викликів 21 століття. За даними ООН сьогодні у світі нараховується близько 50 мільйонів осіб, які змушені переселитися з місць постійного проживання. В Україні до останніх років правове регулювання обмежувалось лише питанням захисту прав біженців, до яких, відповідно до Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту», належать особи, які не є громадянами України.

Однак, у зв'язку з військовим вторгненням, окупацією та анексією території України, виникла необхідність у захисті конституційних прав громадян України, які проживали на цих територіях та були змушені покинути їх.

20.10.2014 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» №1706-VII, яким встановлено гарантії дотримання прав, свобод та законних інтересів внутрішньо переміщених осіб – громадян України, які постійно проживають в Україні, яких змусили або які самостійно покинули своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, масових порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру.

Майже у всіх випадках, переміщення призводить до втрати робочих місць і засобів до існування людей з усіх соціальних класів. Саме тому, серед прав, які роблять можливим забезпечення належного рівня життя внутрішньо переміщених осіб, потрібно виділити право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку вони вільно обирають або на яку вільно

погоджуються. Станом на 25.11.2015 року органами Управління праці та соціального захисту населення взято на облік 1 млн. 621 тис. внутрішньо переміщених осіб, з них, 390 тис. осіб становили особи працездатного віку.

Досить часто, внутрішньо переміщені особи опиняються в місцях, де немає роботи, яка б відповідала їхній професії та кваліфікації, або ж проживають у місцях, які знаходяться занадто далеко від їхніх робочих місць. Навіть там, де робочі місця будуть доступні, вони зіштовхуються з дискримінаційним та гендерним бар'єром у процесі пошуку роботи.

Так, з метою створення умов для пошуку роботи та наступного працевлаштування внутрішньо переміщених осіб, законодавцями доповнено Закон України «Про зайнятість населення» статтею 24-1, якою закріплено наступні заходи сприяння зайнятості цих осіб:

1) компенсація зареєстрованому безробітному з числа внутрішньо переміщених осіб фактичних транспортних витрат на переїзд до іншої адміністративно-територіальної одиниці місця працевлаштування, а також витрат для проходження за направленням територіальних органів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, попереднього медичного та наркологічного огляду відповідно до законодавства, якщо це необхідно для працевлаштування;

2) компенсація витрат роботодавця на оплату праці (але не вище середнього рівня заробітної плати, що склався у відповідному регіоні за минулий місяць) за працевлаштування зареєстрованих безробітних з числа внутрішньо переміщених осіб на умовах строкових трудових договорів тривалістю не більше шести календарних місяців, за умови збереження гарантій зайнятості такої особи протягом періоду, що перевищує тривалість виплати у два рази.

3) компенсація витрат роботодавця, який працевлаштовує зареєстрованих безробітних з числа внутрішньо переміщених осіб строком не менше ніж на дванадцять календарних місяців, на перепідготовку та підвищення кваліфікації таких осіб.

Фінансування цих заходів здійснюється в межах коштів Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття після працевлаштування зареєстрованих безробітних з числа внутрішньо переміщених осіб за направленням територіальних органів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції. В свою чергу, у разі працевлаштування інвалідів, зареєстрованих в установленому порядку як безробітні та яким допомога по безробіттю призначена відповідно до частини другої статті 22 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» фінансування здійснюється в межах коштів Фонду соціального захисту інвалідів України.

Разом з тим, вказані заходи сприяння зайнятості характеризуються короткочасним ефектом та єдиним підходом до усіх категорій внутрішньо переміщених осіб, без урахування потреб осіб з особливими потребами, інвалідів, жінок, які особливо вразливі до процесів пов'язаних зі змінами економічного та соціального характеру.

На нашу думку, важливим завданням держави є проведення активної політики, основним пріоритетом якої повинна стати підтримка готовності внутрішньо переміщених осіб повернутися в місця походження, як тільки це стане можливим та забезпечення безперервної допомоги в досягненні їхньої економічної самостійності.

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ДЖЕРЕЛО ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Шпарик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Судові прецеденти, що містяться в рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) мають враховуватися в національному законодавстві та на практиці правозастосування. Ратифікована Україною Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод має юридичним наслідком обов'язок нашої держави забезпечити реалізацію зазначених в ній прав і свобод. Відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення ЄСПЛ є обов'язковим для виконання Україною. Крім того, українські суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права.

Гарантії захисту екологічних прав громадян України передбачені, зокрема, в ч. 3 ст. 11 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», де зазначено, що порушені права громадян у галузі охорони навколишнього природного середовища мають бути поновлені, а їх захист здійснюється в судовому порядку відповідно до законодавства України. Згідно ч. 4 ст. 55 Конституції України кожному гарантовано право після використання усіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Оскільки у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод немає прямо закріпленого права на безпеку для життя і здоров'я довкілля, то громадяни при зверненні до ЄСПЛ в разі порушення їх екологічних прав посилаються на порушення статті 8 Конвенції, в якій зазначається, що «кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції». Обмеження такого права закріплене у ч. 2 ст. 8 Конвенції: «органи державної влади можуть втручатись у здійснення цього права лише у випадку, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб».

Захист довкілля у широкому значенні слова може бути виведений із гарантій ст. 8 на підставі одночасно як права на повагу для приватного життя, так і житла. Оскільки серйозні посягання на навколишнє середовище можуть негативно позначитися на благополуччі людини і позбавити її можливості повноцінного користування своїм житлом, що заподіює шкоду її приватному і сімейному життю, якщо навіть не існує серйозної небезпеки для її здоров'я¹.

У Європейському суді з прав людини налічується зовсім мало рішень, які безпосередньо пов'язані із порушенням екологічних прав громадян України. У всіх випадках заявники посилалися на порушення статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У справі «Дубецька та інші проти України»² від 10 травня 2011 року йшлося про те, що будинки заявників розташовані у присілку Вільшина, с. Сілець, Сокальського району, Львівської області, недалеко від двох промислових підприємств – шахти «Візейська» ДП «Львів-вугілля» та Центральної вугільно-збагачувальної фабрики «Червоноградська» ВАТ «Львівська вугільна компанія». У результаті численних досліджень, проведених державними та недержавними організаціями, було встановлено, що виробнича діяльність цих підприємств мала негативний екологічний вплив на навколишнє середовище, включаючи підтоплення, забруднення ґрунтових вод та повітря, а також просідання ґрунтів.

Європейський суд встановив порушення ст. 8 Конвенції в зв'язку з тим, що держава не вживала протягом більш ніж двадцяти років заходів для переселення заявників або вирішення їх ситуації іншим чином. Розглянувши справу, ЄСПЛ дійшов висновку, що «обґрунтована скарга за ст. 8 може мати місце у тому випадку, коли екологічна небезпека досягає такого серйозного рівня, що призводить до суттєвого перешкоджання здатності заявника користуватися своїм житлом, мати приватне чи сімейне життя».

Аналогічний підхід щодо вирішення питання про захист екологічних прав громадян України відображається у справі «Гримковська проти України»³. Заявниця разом з батьками та неповнолітнім сином проживала у власному будинку по вулиці Ч., яка знаходиться в жилому районі м. Краснодон. У 1998 році було вирішено, що автомагістраль М04 «Київ-Луганськ-Ізварине» буде проходити через цю вулицю. У травні 2002 року Державною санітарно-епідеміологічною службою в Луганській області було проведено дослідження повітря по вулиці Ч., в результаті якого було встановлено значне перевищення рівнів максимальної концентрації шкідливих для здоров'я людини речовин внаслідок забруднення повітря викидами автомобільного транспорту. У 2002 році після

¹ Коментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практика ее применения / под общ. ред. В.А. Туманова, Л.М. Энтина. – М.: НОРМА, 2002. – 336 с. – С. 130.

² *Справа «Дубецька та інші проти України»* (Заява № 30499/03) // Європейський суд з прав людини; Рішення, Справа від 10.02.2011

³ *Справа «Гримковська проти України»* (Заява № 38182/03) // Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди; Рішення, Справа від 21.07.2011

дослідження рівнів забруднення Головний санітарний лікар Луганської області рекомендував міському голові м. Краснодона розглянути питання про припинення використання вулиці Ч. як автомагістралі, зазначивши, що рівень забруднення повітря на цій вулиці перевищував встановлені законодавством норми і міг негативно впливати на здоров'я мешканців.

До Європейського суду заявниця скаржилась за ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод через використання дороги по вулиці Ч. як автомагістралі, а також неспроможності органів влади організувати належний екологічний контроль відповідного шкідливого впливу.

Європейський суд встановив порушення ст. 8 Конвенції у зв'язку з недотриманням справедливого балансу між інтересами заявниці та інтересами суспільства, оскільки: 1) держава не змогла довести, що до використання дороги по вулиці Ч. як автомагістралі було здійснено адекватне екологічне дослідження наслідків такого використання та в подальшому було здійснено належну екологічну політику; 2) заявниця не мала ефективної можливості впливати на процес прийняття рішень щодо використання дороги по вулиці, на якій вона проживає, як автомагістралі, включно з оскарженням у незалежному органі.

Серед останніх рішень цієї категорії справа *«Дземюк проти України»*¹ від 04 вересня 2014 року. Заявник володів будинком та прилеглою земельною ділянкою у с. Татарів (що становить частину міста-курорта Яремче Івано-Франківської області України), що має статус гірського населеного пункту та відоме як курорт для «зеленого туризму» у карпатському регіоні на берегах річки Прут. У 2000 році Татарівська сільська рада для облаштування кладовища обрала земельну ділянку, яка знаходиться біля будинку заявника, хоча відстань від кладовища до приватних будинків не відповідає нормам та стандартам санітарно-захисної зони. Відстань між будинком заявника та деякими з могил в результаті використання незаконного кладовища становило менше 120 метрів.

Заявник стверджував, що тривале використання кладовища зробило його житло фактично непридатним для проживання, а його земельну ділянку – непридатною для використання. Він доводив, що він не міг використовувати ані свою земельну ділянку для садівництва, ані криницю на своїй ділянці – для питної води через побоювання отруїтися. Заявник також доводив, що спокій його та його родини постійно порушувався похоронами, які проводилися біля його будинку.

ЄСПЛ зазначив, що він добре розуміє труднощі та можливі витрати при врегулюванні екологічних питань, пов'язаних із забрудненням води у гірських районах. Водночас Суд зазначає, що розміщення та використання кладовища були незаконними у багатьох аспектах: екологічні норми було порушено; висновки органів влади у сфері охорони довкілля було проігноровано; рішення суду, які набрали законної сили і підлягали виконанню, не виконувалися, і не було вжито заходів у зв'язку із зумовленими забрудненням води загрозами здо-

¹ Справа «Дземюк проти України» (Заява № 42488/02) // Європейський суд з прав людини, Міжнародні суди; Рішення, Справа, Заява від 04.09.2014

ров'ю та довкіллю. В результаті ЄСПЛ дійшов висновку, що «облаштування та використання кладовища так близько від будинку заявника разом з наступним впливом на довкілля та «якість життя» заявника досягло мінімального рівня, що вимагається статтею 8 Конвенції, та становило втручання у право заявника на повагу до його житла та приватного і сімейного життя».

Враховуючи позицію та аргументи ЄСПЛ, зазначені у своїх рішеннях, де відповідачем за порушення екологічних прав громадян виступала Україна, варто узагальнити наступні проблеми, через які Суд став на сторону заявників: 1) держава, вирішуючи екологічні проблеми громадян, не дотримала справедливого балансу між їхніми інтересами, інтересами суспільства, довкілля та держави; 2) органи влади не змогли ані взяти під контроль рівні забруднення, ані переселити заявників до безпечнішої місцевості; 3) хоча в різний час було вжито певних заходів для усунення проблем заявників, ці заходи не були ефективними, послідовними та достатніми для того, щоб змінити загальну ситуацію заявників, ігнорувалися порушниками, а також вживались із недопустимими затримками, а покарання не застосовувалися; 4) відсутність фінансування з боку держави для усунення порушень, в окремих випадках, була недопустимою; 5) невиконання прийнятих органами влади рішень (незалежно від того який це орган – суд, орган місцевого самоврядування чи міністерство тощо). Таким чином рішення, які потребували конкретних заходів, залишалися лише у формі декларацій, що ніяк не змінювало ситуацію стосовно екологічних правопорушень та порушень прав людини; 6) усі вищезазначені спори є довготривалими і потребували в результаті звернення заявників до ЄСПЛ за захистом своїх прав; 7) державні органи влади не діяли сумлінно і своєчасно при вирішенні проблем громадян, спричинених забрудненням довкілля від шкідливої діяльності тих чи інших суб'єктів; 8) державні органи не змогли організувати систематичний контроль задля забезпечення екологічної безпеки.

З метою вирішення вищезазначених проблем, які впливають із рішень ЄСПЛ, де Україна виступала відповідачем в екологічних справах, вбачається за потрібне: 1) забезпечити оптимальне співвідношення між публічними інтересами громади, держави чи довкілля і приватними екологічними інтересами громадян; 2) підвищити санкції за ті порушення екологічного законодавства, що спричинили масові захворювання населення прилеглих до осередку забруднення територій; 3) дотримуватися процесуальних строків вирішення спорів, що стосуються порушення екологічних прав громадян.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ ЯК ОДНА З ПЕРЕДУМОВ РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ ТА ЇЇ ІНТЕГРАЦІЇ В СВІТОВИЙ ІНФОРМАЦІЙНИЙ ПРОСТІР

Березовська І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Використання інформації як невичерпного ресурсу розвитку разом із сучасними досягненнями в галузі інформаційних та телекомунікаційних технологій поклало початок формуванню світового інформаційного простору, який розкриває перед людством необмежені можливості. Усі провідні країни прагнуть забезпечити для себе лідируючі позиції у глобальному інформаційному просторі, тому усе зрозумілішою стає зростаюча залежність місця держави на світовій арені від стану розвитку національного інформаційного суспільства.

Сьогодні, коли йдеться про інформацію та її свободу, перш за все, варто говорити про можливості, які надає в цьому плані всесвітня мережа Інтернет. У контексті активного використання мережі як глобального інформаційного середовища перед Україною постають питання законодавчого врегулювання нових інформаційних відносин, що виникають у системі людина – Інтернет. Одним із негативних наслідків впровадження інформаційно-телекомунікаційних технологій у різних сферах суспільного життя стало порушення немайнових прав особи, що проявляється в незаконному зборі, використанні й поширенні інформації персонального характеру, у тому числі в мережі Інтернет, а відсутність належного законодавчого забезпечення охорони й захисту персональних даних в даній сфері призводить до збільшення кількості правопорушень.

Конституційне право людини на інформацію закріплене в Основному законі України та інших нормативно-правових актах і, вочевидь, поширюється й на інформаційні права людини, що виникають при використанні Інтернет. Вищезазначене свідчить про наявність положень, які можна трактувати як такі, що забезпечують охорону й захист осіб у мережі Інтернет, але в них відсутні норми, які чітко регулювали б відносини та питання захисту персональних даних.

Легальне визначення Інтернету міститься в ст. 1 Закону України «Про телекомунікації», згідно з яким Інтернет - всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв'язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних», «персональні дані – відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка

ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована». Дане визначення є майже тотожним визначенню, поданому в Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних та Директиві 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 року.

У момент збору персональних даних суб'єкт персональних даних повідомляється про володільця персональних даних, склад та зміст зібраних персональних даних, свої права, визначені Законом України «Про захист персональних даних», мету збору персональних даних та осіб, яким передаються його персональні дані.

Найчастіше персональні дані з використанням веб-ресурсів обробляються в рамках таких процесів, як:

- заповнення відвідувачами веб-ресурсів анкет;
- реєстрація та отримання логіна та пароля;
- реєстрація з використанням облікового запису соціальної мережі;
- надання електронної адреси відвідувача для зворотного зв'язку.

При цьому можуть оброблятися персональні дані надзвичайно широкого діапазону: як анкетні персональні дані, які явно є відомостями про особу, яка ідентифікована, так і відомості, які можуть стосуватися особи опосередковано або які можуть використовуватися в процесі ідентифікації особи - відомості про оплату послуг з використанням платіжних карт, логіни та паролі, записи в соціальній мережі, номери телефонів, електронні адреси, тощо.

Найчастіше виявляються такі типові порушення законодавства з питань захисту персональних даних при обробці персональних даних з використанням веб-ресурсів:

1. у момент збору персональних даних суб'єкт персональних даних не повідомляється про володільця персональних даних (найменування юридичної особи – володільця та її адресу), склад та зміст зібраних персональних даних, свої права, мету збору персональних даних та осіб, яким передаються його персональні дані;

2. зміст персональних даних є явно надмірним відповідно до визначеної мети обробки персональних даних;

3. процедури обробки персональних даних є визначені на сайті, але не є визначені розпорядчими документами володільця, як це передбачено законодавством.

Також потрібно усунути й інші порушення, зокрема такі, як надання безвідкличної чи безстрокової згоди на обробку персональних даних, передача персональних даних невстановленим третім особам, тощо. Варто наголосити на праві суб'єкта персональних даних на знищення своїх даних, в разі відсутності підстав для їх обробки.

У контексті досліджуваної теми варто також наголосити на деяких питаннях процедури захисту прав особи (зокрема, і персональних даних), порушених в мережі Інтернет.

Перш за все, необхідно встановити особу, яку потрібно притягнути до відповідальності. Якщо встановити безпосередньо особу порушника неможливо, можна

звернутися до власника доменного імені з вимогою припинити правопорушення прав на сайті, який йому належить. Після встановлення особи, яка безпосередньо розмістила чи використала персональні дані, або власника сайту, на якому таке правопорушення було здійснено чи така інформація була розміщена, можна спробувати вирішити спір в досудовому порядку за допомогою переговорів. Розпочати переговори можна шляхом направлення відповідних листів адміністрації сайту. Не бажаючи бути втягнутими в судовий процес, реєстратори або адміністратори інтернет-сайтів у переважній більшості випадків погоджуються видалити інформацію, що порушує права інших осіб, з відповідного Інтернет-ресурсу.

Ще одним способом вирішення спору є звернення з відповідним позовом до суду. Якщо на момент подання скарги так і не вдалось встановити дані фізичної чи юридичної особи, що є власником інтернет-сайту, позов необхідно подавати до реєстратора-компанії, що здійснювала реєстрацію доменного імені, і в судовому порядку витребувати у неї інформацію про власника. Коли дані власника сайту будуть отримані, він стане належним відповідачем у судовому процесі. За загальним правилом, якщо факти порушення будуть доведені особою, яка звернулася за захистом своїх прав, та факт неправдивості поширення інформації, незаконної обробки персональних даних, незаконного використання об'єктів прав інтелектуальної власності будуть встановлені судом, винну особу зобов'язують вчинити дії, необхідні для усунення встановлених судом порушень.

Розглядаючи міжнародний досвід у даній сфері, варто зазначити, що відносини, пов'язані з інформацією в мережі Інтернет, регулюються Окінавською хартією глобального інформаційного суспільства, Конвенцією ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах, Декларацією про свободу комунікацій в Інтернет, Європейською декларацією про права людини і верховенство права в інформаційному суспільстві, Декларацією принципів «Побудова інформаційного суспільства - глобальне завдання у новому тисячолітті» та іншими.

У контексті регулювання персональної інформації інтерес становить досвід Японії та США. Важливим елементом охорони і захисту персональної інформації, що на даний час можна запозичити з досвіду Японії, є визнання електронної інформації, зокрема такої, як: електронний «нік», IP – адреса, електронна адреса, ідентифікаційний номер на сайті і інші відомості, що перебувають в електронному вигляді, тобто захист і охорона такої інформації, завдяки якій можна ідентифікувати ту чи іншу особу. В Японії існують найрізноманітніші технології охорони й захисту приватної інформації: від високотехнологічних паролів, що зберігають таємну інформацію під надійним захистом, до складних біометричних систем, які базуються на знятті відбитків пальців, або на відображенні райдужної оболонки ока.

Щодо американської специфіки захисту персональних даних передусім слід зазначити, що законодавство США є досить жорстким та надалі тільки посилює відповідальність за втрату або незаконний доступ до баз персональних даних. До Конгресу США вносяться чергові законопроєкти, згідно з якими посилюється захист суб'єктів, персональні дані яких обробляються, від незаконних втручань та втрати їхніх даних у мережі Інтернет.

Окрім вдосконалення правового регулювання захисту персональних даних в мережі Інтернет, до інших передумов інтеграції України в світовий інформаційний простір можна також віднести: адаптацію чинного законодавства до законодавства ЄС, усунення перешкод на шляху здійснення міжнародного книгообміну, створення інформаційних центрів при посольствах України із залученням спонсорських коштів, організацію системи професійної підготовки з ІТ для держслужбовців, створення іномовних ІР про Україну, розповсюдження державних видань за кордоном, розширення співпраці з провідними міжнародними організаціями з розвитку інформаційного суспільства в рамках міжнародних договорів України тощо.

Належне правове регулювання захисту персональних даних в мережі Інтернет та визнання його значення для інформаційного обміну й реалізації права на інформацію громадян України є надзвичайно важливим для розвитку інформаційного суспільства та інтеграції в світовий інформаційний простір.

РОЗПОДІЛ ПРИБУТКУ ЗА ФОРМУЛОЮ ЯК АЛЬТЕРНАТИВА ПРИНЦИПУ ВИТЯГНУТОЇ РУКИ

Джох Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Заниження обсягів податкових платежів відбувається за допомогою різноманітних способів, зокрема здійснення маніпуляцій трансфертними цінами. З метою боротьби з маніпуляціями трансфертними цінами та їх наслідком недоотримання бюджетами країн відповідних сум податкових платежів, в більшості країн світу розроблене спеціальне правове регулювання. Вся система правового контролю за трансфертними цінами побудована на принципі витягнутої руки. Суть зазначеного принципу полягає в наступному: «якщо між двома підприємствами в їхніх комерційних або фінансових взаємовідносинах створюються або встановлюються умови, відмінні від тих, які мали б місце між двома незалежними підприємствами, тоді будь-який прибуток, який за відсутності таких умов міг би бути нарахований одному з них, але через наявність цих умов не був йому нарахований, може бути включений до прибутку цього підприємства, й відповідно, оподаткований» [1].

З теоретичної точки зору, створення норм права з контролю за трансфертним ціноутворенням на підставі принципу витягнутої руки є цілком обґрунтованим, адже лише в такий спосіб ціну в контрольованих операціях можна визначити як таку, що буде найбільше відповідати цінам «вільного ринку». Правове регулювання з метою контролю за маніпуляціями трансфертними цінами, основою якого є принцип витягнутої руки, має ряд недоліків, які пов'язані із сутністю зазначеного принципу. Зокрема, можна навести наступні проблеми:

- значне навантаження платників податків та податкових органів витратами, пов'язаними з адмініструванням;

- участь асоційованих підприємств в господарських операціях, що не здійснюються незалежними підприємствами, а відтак, відсутність джерел інформації про ціни на відповідні товари, роботи, послуги за умов конкуренції [2].

В літературі розроблений альтернативний підхід – розподіл прибутку за формулою. Цей підхід передбачає розподіл консолідованого прибутку транснаціональних корпорацій (далі - ТНК) на основі наперед визначеної формули. Розподіл прибутку за формулою включає 3 етапи: 1) визначення підрозділу, який є платником податку, 2) точне визначення глобального консолідованого прибутку та 3) визначення формули, за якою частина цього прибутку буде відноситися на підрозділ, який є платником податку, і відповідно оподатковуватися. При цьому формула є однаковою для всіх платників податку у певній юрисдикції [3, с. 214].

Існують два види формул: 1) у якій використовуються макроекономічні фактори, 2) у якій використовуються мікроекономічні фактори.

Макроекономічні фактори включають в себе валовий внутрішній продукт (далі – ВВП). Прибуток ділиться не за економічним внеском кожного члена групи, а за часткою ВВП окремої держави в сумарному ВВП всіх країн, на території яких діє група компаній. На перший погляд, макроекономічні чинники хороші тим, що окремих платників податків вже не зможе змінити їх порядок і займатися податковим плануванням. Однак, можна повністю перемістити прибуток в країну з низькими податковими ставками за допомогою прямих інвестицій, а також в країну, де група не займається економічною діяльністю.

Найчастіше використовується формула, заснована на мікроекономічних чинниках. Мікроекономічним фактором можна назвати ПДВ, однак, такий підхід не можна використовувати, оскільки, незважаючи на те, що група підприємств обкладається ПДВ, єдиним для всіх членів Європейського союзу (далі - ЄС), розрахунок даного податку включає в себе трансфертні ціни. Тому у формулу входять такі фактори виробництва, як праця, що поділяється на фонд заробітної плати і кількість найманих працівників, капітал (активи) та продажу. Для окремих галузей (наприклад, банки) передбачені додаткові фактори [4, с. 75].

Перевагами застосування розподілу доходів за формулою є зручність у використанні, визначеність, оцінка ТНК як єдиної економічної одиниці. Розробники цього підходу вважають, що окрема оцінка діяльності асоційованих компаній є не прийнятною для високо інтегрованих ТНК, так як важко точно визначити внесок кожної асоційованої компанії у загальний прибуток ТНК [2], крім цього, використання зазначеного підходу перешкоджає податковому плануванню, а також податковому змаганням між податковими органами різних країн [4, с. 73]. Проте Організація економічного співробітництва та розвитку (далі - ОЕСР) не визнає розподіл глобальних прибутків за формулою ефективною альтернативою принципу витягнутої руки через складність вироблення універсальної формули для всіх країн, підвищення ризику подвійного оподаткування, можливість ТНК переміщати складові формули (наприклад, такі як активи) між податковими юрисдикціями, різницю у бухгалтерських стандартах між країнами

ми, складність врахування коливань валютних курсів, більший адміністративний тягар для платників податків [3, с. 214].

Разом з тим, незважаючи на в цілому негативне ставлення ОЕСР до розподілу доходів на підставі формули, слід визнати, що в окремих національних державах подібні правила застосовуються щодо угод, укладених на внутрішньому ринку, і, більше того, саме ідея про застосування відповідної формули для розподілу податкової бази між державами покладена в основу проекту Директиви ЄС про загальну консолідовану податкову базу з корпоративного прибуткового податку [5]. У 2001 р. при розробці проекту Директиви ЄС про загальну консолідовану податкову базу з корпоративного прибуткового податку було запропоновано розподіляти консолідований дохід групи підприємств між членами групи і, відповідно, між країнами ЄС, де ці компанії знаходяться, за спеціально заданою формулою [4, с. 73]. Таким чином, компанія (група компаній) зможе вираховувати суму податку на основі єдиної системи правил без звернення до національних правил, які відрізняються певною своєрідністю, що повинно значно спростити життя платника податків та знизити витрати, зумовлені необхідністю виконувати належним чином вимоги законодавства всіх держав-членів ЄС, на території яких компанія (група компаній) здійснює діяльність. Крім того, в рамках проекту директиви передбачена можливість подати єдиної консолідованої податкової декларації щодо доходів і витрат, отриманих від всієї діяльності, здійснюваної в межах ЄС. Податкова база, обчислена відносно всієї діяльності компанії (групи компаній) на території ЄС, буде розподілена між державами відповідно до встановленої формули [5].

Розподіл прибутку за формулою також використовується у США, при оподаткуванні підприємств, що мають філії в різних штатах. У США не має єдиної формули і кожен штат самостійно встановлює її вигляд. Використовується кілька видів формул, заснованих на Массачусетській формулі. У неї з рівною питомою вагою входять доходи від продажу, фонд заробітної плати та активи. Залежно від специфіки галузі фактор «продажу» часто включається в формулу з найбільшою питомою вагою [4, с. 75].

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що критика розподілу доходу за формулою як принципу контролю за трансфертним ціноутворенням в основному ґрунтується на процедурній складності його запровадження. Зазначений підхід досить широко застосовується в розвинених країнах при здійсненні внутрішніх господарських операцій між асоційованими підприємствами. На сьогоднішній день в рамках Ради ЄС здійснюється розробка рекомендацій щодо використання аналізованого підходу при визначенні бази оподаткування податком на прибуток ТНК, що здійснюють діяльність в межах ЄС. Тому, на нашу думку, розподіл прибутку за формулою можна розглядати як альтернативу принципу «втягнутої руки» при здійсненні контролю за трансфертними цінами.

2. Настанови ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних компаній та податкових служб від 22 липня 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://auditconsult.biz/tzo/0.pdf>;

3. Балюк Т. Практика встановлення трансфертних цін транснаціональними корпораціями в Україні/ Т.Балюк // Дослідження міжнародної економіки: Збірник наукових праць. – 2011. – № 2 (67). – С. 209–223.

4. Бондаренко, О. Ю. Зарубежный опыт применения специальных правил по налогу на доходы корпораций для консолидированных групп налогоплательщиков / О. Ю. Бондаренко, В. В. Громов, Т. А. Малинина; Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. – М., 2013. – 95 с.

5. Килинkarова Е.В. Налоговое право зарубежных стран : учебник для бакалавриата и магистратуры [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://stud.com.ua/pravo-rozpodil_ohodu_osnovi_formuli.

ЗАЛЕЖНІСТЬ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ОСОБИ ВІД ФІНАНСОВИХ МОЖЛИВОСТЕЙ ДЕРЖАВИ

Льницький О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проголошення принципу верховенства права, що визначає декларативне існування Української держави як правової та соціальної, встановлює примат прав особи у відносинах із державою, залишаючи за останньою сервісну функцію щодо забезпечення досягнення інтересів приватної особи. Еволюція теорії прав людини сформувала основні групи та визначила базові у них можливості особи, які повинні бути забезпечені для нормального людського фізичного та соціального існування, закріплюючи стандарти-каталоги прав людини. У розпал конституційного процесу в Україні, питання нормативного збереження цих можливостей для особи набуває особливого значення. Водночас, справжньою метою діяльності держави є не лише закріплення прав особи, але реальне забезпечення їхньої реалізації, що потребує відлагодженого організаційно-інституційного механізму, для утримання якого потрібно прогресивно зростаюче фінансування.

На думку О.В. Музики-Стефанчук, положення про дотримання у фінансовому праві ст. 3 Конституції України («Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави») слід відносити до групи «нереальних положень у фінансовому праві

Україні», оскільки чим більше держава витрачає на свого громадянина, тим більше цей громадянин (чи його нащадки) віддаватиме державі у майбутньому. За все треба платити, навіть за декларативні норми Конституції України [1, с. 30].

Основним джерелом фінансування видатків на забезпечення виконання державою її завдань і функцій є доходи її бюджету. І якщо у економічній теорії, взаємозв'язок між дохідною та видатковою частиною є прямим, чітким та послідовним, то з точки зору об'єктивного права їхнє співвідношення є одним з елементів диференціації фінансово-правового режиму. Зокрема, одним із принципів публічної фінансової діяльності, що є, водночас, і її відмінною ознакою від сфери приватних фінансів, визначається пріоритет публічних видатків над публічними доходами.

За визначенням О. Орлюк – цей принцип базується на положенні про те, що здійснення державою її функцій і завдань об'єктивно не може перебувати у прямо пропорційній залежності від обсягів доходів державної казни. Для держави видатки є первинними, а доходи – вторинними. Інакше, в певні періоди розвитку це б загрожувало державі різким скороченням її дієздатності чи навіть загибеллю. Тому, визначаючи в пріоритетному порядку обсяг публічних видатків, уряд вираховує у відповідності з одержаними результатами господарювання розміри необхідних державних доходів і подає їх Верховній Раді для узаконення [2, с. 48].

У вузькому розумінні цього поняття принцип пріоритетності публічних видатків означає, що до бюджету в ході його формування необхідно включати лише ті видатки, які необхідні для виконання власне функцій держави, і не більше. Це досягається дійсним забезпеченням на практиці вільної конкуренції прав суб'єктів фінансових правовідносин на наявні в розпорядженні публічної влади фінансові ресурси, тобто «конкуренцією заявлених потреб». У відповідності з принципом пріоритетності державних видатків недоцільне будь-яке ухилення від вимоги єдності і повноти бюджету, як і цільова прив'язка конкурентних доходів до певних видів видатків, оскільки при цьому неможливо перевірити в достатній мірі такі видатки на їх необхідність [3, с. 50].

Водночас, вказаний принцип зовсім не означає перевагу однієї категорії та означеного нею явища над іншим та їхню структурну відокремленість в межах єдиної та цілісної фінансової діяльності. Радше, його слід тлумачити як пріоритетний вектор діяльності держави, яка в силу власної специфічної публічної природи та, до певної міри, юридичної фікційності існування не може послуговуватися звичним приватним фінансовим інтересом – «збагачення», натомість рівень запланованих видатків фінансового періоду визначає необхідний обсяг акумулювання доходів у майбутньому із визначених джерел (від тих же громадян).

Більше того, станом на сьогодні доводиться констатувати об'єктивну реальність – виконання державою своїх зобов'язань перед громадянами перебуває у прямопропорційній залежності від її фінансових можливостей. Нормативний принцип збалансованості передбачає, що повноваження на здійснення витрат бюджету мають відповідати обсягу надходжень бюджету на відповідний бюджетний період. Принцип збалансованості є одним з двох принципів, за якими можна визначити дуалістичний статус та природу, оскільки не лише закріпле-

ний у ст. 7 БК України, але й у ч. 3 ст. 95 Конституції України. До речі, у Конституції вказаний принцип сформульований через норму-завдання – «Держава прагне до збалансованості бюджету». Воно теж вказує на певну фікцію формулювання, оскільки вжите дієслово – «прагне» – характеризує наявність суб'єктивної сторони суб'єкта через сильне бажання або потяг до здійснення чогось [4], що не може характеризувати діяльність від імені держави.

З огляду на конституційний статус цього принципу та важливе прикладне значення при формуванні бюджету, встановлення його змісту було предметом дослідження Конституційного Суду України. Останній у своєму Рішенні від 27.11.2008 р. № 26-рп/2008 відзначив, що «державна прагне до збалансованості бюджету України» у системному зв'язку з положеннями частини другої цієї статті, статті 46 Конституції України треба розуміти як намагання держави при визначенні законом про Державний бюджет України доходів і видатків та прийнятті законів, інших нормативно-правових актів, які можуть вплинути на доходну і видаткову частини бюджету, дотримуватися рівномірного співвідношення між ними та її обов'язок на засадах справедливого, неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами, територіальними громадами враховувати загальносуспільні потреби, необхідність забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя.» Щоправда, в цьому випадку підтримуємо обгрунтоване застереження, висловлене у Окремій думці суддею П.М. Ткачуком, що таке розуміння є занадто широким та розкриває радше принцип справедливості та неупередженості. Що ж до конкретного значення збалансованості, як принципу бюджетної системи, то головна його мета не у забезпеченні повної математичної рівності між дохідною та видатковою частиною, оскільки така декларація є до певної міри фікцією, а «недопущення неконтрольованого дефіциту та профіциту бюджету» [5, с. 22]. В цьому легко переконатися, якщо дослівно встановити суть категорій, які беруться до уваги для розрахунку збалансованості – надходження і витрати – як загальне вираження дохідної та видаткової частини балансу бюджету із врахуванням фінансування дефіциту у видатковій частині чи використання профіциту по реальних доходах. Свідченням реалізації на нормативному рівні збалансованості бюджету, на нашу думку, є й положення ст. 14 БК України, яка передбачає можливість затвердження бюджету з дефіцитом лише за умови наявності обгрунтованих джерел фінансування, а також існування конкретно-цільового профіциту. Це повинно забезпечити реальну відповідність обсягів надходжень та витрат за рахунок бюджетних коштів.

Водночас, прогресивне зростання вимог, які особа пред'являє до держави, на сьогодні не відповідає обсягу фінансових ресурсів, які може забезпечити система власних доходів держави. Дотримання принципу збалансованості, який є об'єктивно зумовленою математичною співмірністю між дохідною та видатковою частиною, вимагає від держави зменшення власних видатків, оскільки збільшення доходів в цих умовах є неможливим, як і отримання відповідної допомоги із зовнішніх джерел фінансування (не секрет, що міжнародні фінансові організації не надають допомоги на фінансування соціальних програм). Через це відбувається постійний наступ на сферу прав людини та їхніх нормативних гарантій, виходячи з кон'юнктури фінансово-економічного становища держави.

Практика діяльності Конституційного Суду України останніх років утверджує правореалізаційну позицію, яка піддається жорсткій критиці з точки зору забезпечення прав людини у державі (особливо, соціально-економічних), але при цьому має логічне емпіричне економічне обґрунтування – забезпечення загальносуспільних потреб за рахунок коштів публічних фондів (бюджетів, фондів соціального страхування) (фактично, здійснення видатків) залежить від фінансових можливостей держави (спроможності дохідної частини її бюджету), яка зобов'язана справедливо і неупереджено розподіляти суспільне багатство між громадянами і територіальними громадами та прагнути до збалансованості бюджету України, з огляду на що, навіть, визначив, що передбачені законом соціально-економічні права не є абсолютними (п. 1 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України від 25.01.2012 р. № 3-рп/2012, п. 2.1. мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 26.12.2011 р. № 20-рп/2011, п. 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 08.10.2008 р. № 20-рп/2008).

Крайньою формою розвитку такої загрозливої тенденції є досвід конституційних змін в Угорщині, що відбулися у 2011 році (набули чинності з 01.01.2012 р.). Проблема збалансованості бюджету «червоною ниткою» проходить по всьому тексту Основного закону Угорщини, ставлячи Конституційний суд та загальні суди у залежність не лише від принципу верховенства права, але й збалансованого, прозорого та сталого управління бюджетом та, створюючи нормативне протистояння права (прав людини) та економічної доцільності. Ця ідея подається як антикризова технологія влади. Правові засоби захисту прав людини у контексті реформи є прямою перешкодою реалізації цілей економічних реформ, що зумовило істотне обмеження повноважень Конституційного суду – «Доти, доки державний борг перевищує половину валового внутрішнього продукту, Конституційний суд може, в межах своєї компетенції, перевірити закони про державний бюджет та його реалізацію, види центральних податків, зобов'язань, пенсійних і медичних внесків, митних та центральних умов для місцевих податків на відповідність Основному закону або скасовувати попередні акти лише у зв'язку з порушенням права на життя та людську гідність, права на захист персональних даних, свободи думки, совісті, релігії, права, пов'язаного з угорським громадянством...». Така реформа винесла за межі захисту усі соціально-економічні права [6].

У сьогоднішніх умовах, очевидно, що питання дотримання збалансованості сфери публічних фінансів є важливим питанням забезпечення існування самої держави, її безпеки та суверенітету. Зважаючи на це, принцип збалансованості дохідної та видаткової частин бюджету повинен бути не просто «прагненням», а закріпленим у новій редакції Конституції України як один із обов'язкових критеріїв оцінки професійності бюджетної політики держави. Водночас, він не може застосовуватися як однозначне виправдання щодо вибіркового ухилення держави від виконання своїх зобов'язань у соціально-економічній сфері, а лише у комплексі заходів при опрацюванні центрального фінансового плану для забезпечення справедливого і неупередженого розподілу національного доходу між сферами та галузями суспільного життя на підставі

застосування конституційних механізмів соціального договору між державою та громадянами. У протилежному випадку, існування сильної, але авторитарної чи соціальної, але фінансово неспроможної держави втратить будь-який сенс для особи, що призведе до колапсу державницької форми організації суспільства.

1. Музика Стефанчук О. Нереальні положення у фінансовому праві України / О. Музика-Стефанчук // Право України. – 2013. - № 1-2. – С. 29-37.

2. Орлюк О. П. Фінансове право: Академічний курс: підручник / О.П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 808 с.

3. Пацурківський П. С. Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології [монографія] / П.С. Пацурківський. – Чернівці: Чернівецький університет, 1997. – 244 с.

4. Словник української мови / Інститут мовознавства ім. О. О. Потебні Національної академії наук України [електронний ресурс]. – Режим доступу: www.inmo.org.ua/sum.html

5. Бандурка О.М. Бюджетне право України: підручник / О. М. Бандурка, О. П. Гетьманець. – Х.: НУВС, 2003. – 152 с.

6. Лемак В. Конституційне «перезавантаження» в умовах кризи: угорський рецепт для України / Василь Лемак // «Дзеркало тижня». – 2012, 6 квітня. – Режим доступу: www.gazeta.dt.ua/POLITICS/konstitutsiyne_perezavantazhennya_v_umovah_krizi_ugorskiy_retsept_dlya_ukrayini.html

СПРАВИ З ПРИВОДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЮСТИЦІЇ ЯК ПРЕДМЕТ РОЗГЛЯДУ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ

Kim X.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з ознак демократичного суспільства та правової держави є належне функціонування адміністративних судів, які розглядають спори за участі суб'єктів владних повноважень та мають публічно-правовий характер.

Публічно-правові спори завжди стосуються публічного інтересу і суб'єктів, які виконують певні надані державою публічно-правові функції.

У Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України) визначена предметна підсудність справ адміністративним судам. Окрім того КАС України передбачає окремі категорії адміністративних справ, які розглядаються адміністративними судами, зокрема справи пов'язані із виборчими спорами та референдумом, адміністративні справи щодо відібрання земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності та інші особливі категорії справ.

Проте у КАС України не передбачено такої категорії справ, як адміністративні справи пов'язані із забезпеченням юстиції. Ці справи визначені у Кла-

сифікаторі категорій адміністративних справ, який затверджений рішенням Ради суддів адміністративних судів України №114 від 31.10.2013 року.

У Класифікаторі визначено, що спори у сфері судоустрою, прокуратури, адвокатури, нотаріату, виконавчої служби та виконавчого провадження належать до адміністративних справ зі спорів з приводу забезпечення юстиції.

Належність цих категорій справ до юрисдикції адміністративних судів викликає чимало дискусій, як серед науковців, так і серед суддів та всієї правничої спільноти. Адже спори пов'язані із забезпеченням юстиції в першу чергу зачіпають права та інтереси правників, зокрема адвокатів, суддів, нотаріусів, прокурорів та державних виконавців.

Питання правового статусу органів юстиції та належність їх до суб'єктів владних повноважень розглядали: В. К. Колпаков, С. В. Прилуцький, М. І. Хавронюк, М. І. Цуркан, Н. В. Ільєва та інші.

Аналізуючи адміністративні справи зі спорів з приводу забезпечення юстиції можна зазначити, що вони виникають з приводу оскарження рішень органів адвокатського самоврядування, органів суддівського самоврядування, оскарження рішень, дій чи бездіяльності нотаріусів, органів державної виконавчої служби, органів прокуратури у частині вчинення дій, які не підпадають під дію Кримінально-процесуального кодексу України.

Одне із питань, яке постає перед судом, а також з приводу якого точаться дискусії серед науковців є визначення чи підпадають вище наведені категорії справ під юрисдикцію адміністративного суду. Судова практика з цього приводу також є неоднозначною. Має місце неоднакове застосування судами касаційної інстанції норма процесуального права щодо розмежування юрисдикції при розгляді даної категорії справ.

Так, 09 грудня 2014 року Вищим адміністративним судом України (далі – ВАС України) було винесено ухвалу у справі за позовом до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (далі – ВКДКА) про визнання бездіяльності протиправною та зобов'язати вчинити певні дії. Цією ухвалою ВАС України змінив практику адміністративних судів, яка мала місце ще з 2012 року і зазначив, що справи за позовами до ВКДКА слід розглядати у порядку цивільного судочинства, оскільки ВКДКА не є суб'єктом владних повноважень.

Аналогічні висновки судів можна зустріти аналізуючи справи за позовами до нотаріусів, органів прокуратури, а також у справах з приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної виконавчої служби та органів суддівського самоврядування.

Проте з такими висновками судів у окремих категорія справ я не погоджуюся і вважаю, що ці органи під час здійснення ними окремих функцій виступають як суб'єкти владних повноважень.

Поняття суб'єкта владних повноважень складається з таких елементів: по-перше, цей суб'єкт наділений владними повноваженнями, по-друге, він є органом державної влади, органом місцевого самоврядування, їх посадовою чи службовою особою або іншим суб'єктом, які здійснює владні функції, по-третє,

цей суб'єкт наділений управлінськими функціями, що є вирішальною ознакою суб'єкта владних повноважень.

Отже, для того, щоб встановити, чи органи адвокатури, прокуратури, нотаріуси, органи суддівського самоврядування та органи державної виконавчої служби є суб'єктами владних повноважень, необхідно з'ясувати два аспекти: перший аспект стосується їх правового статусу, а другий аспект стосується того чи наділені вони владними повноваженнями та чи виконують владні управлінські функції.

Відповідно до частини 2 статті 59 Конституції України, частини 1 статті 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатура України як недержавний самоврядний інститут діє для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах.

Адвокатське самоврядування здійснюється через діяльність його органів: конференцій та рад адвокатів регіону, КДКА та ВКДКА, ревізійних комісій адвокатів регіонів, Вищої ревізійної комісії адвокатури, Ради адвокатів України та з'їзду адвокатів. При цьому обов'язковість для виконання всіма адвокатами рішень цих органів є однією із законодавчих засад.

Стаття 113 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» визначає мету суддівського самоврядування, яка полягає у: сприянні створенню незалежних організаційних та інших умов для забезпечення нормальної роботи судів і суддів, захисті суддів від втручання в судову діяльність, утвердження незалежності суду, а також підвищенні рівня роботи з кадрами в судовій системі.

До повноважень органів суддівського самоврядування відносяться: видання правових актів, як індивідуальної дії так і таких, що поширюються на діяльність всіх суддів, а також повноваження організаційного, інформаційного та матеріально-технічного характеру, які відносяться до управлінських.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про нотаріат» нотаріат в Україні - це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. На даний час держава надає, як державним так і приватним нотаріусам все більше повноважень пов'язаних із посвідченням права власності, зокрема реєстрацію майна, внесення його у реєстр та видачу документів, які посвідчують право власності. Таким чином держава делегувала нотаріусам частину своїх владних повноважень, що дає підстави говорити про віднесення їх до суб'єктів владних повноважень під час вчинення окремих нотаріальних дій.

Щодо органів прокуратури та органів державної виконавчої служби, то не викає питань з приводу віднесення їх до суб'єктів владних повноважень. Незважаючи на це у судовій практиці існують проблеми із розмежуванням юрисдикцій під час розгляду справ у яких однією зі сторін виступають ці органи.

Розгляд справи з приводу оскаржень рішень, дій чи бездіяльності органів державної виконавчої служби передбачений у Цивільно-процесуальному кодексі України та у КАС України. Також справи з приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів прокуратури можуть розглядати у порядку передбаче-

ному Кримінально-процесуальним кодексом України та КАС України. У даному випадку судам необхідно звертати увагу на предмет та характер спору. З приводу цього питання судами вищих інстанцій неодноразово давалися висновки та рекомендації з приводу розгляду справ за участі цих суб'єктів.

Проаналізувавши повноваження та матеріали судової практики можна стверджувати, що органи адвокатського самоврядування, прокуратури, органи суддівського самоврядування, органи державної виконавчої служби та нотаріуси наділені владними управлінськими функціями, їх рішення, дії та бездіяльність зачіпає публічний інтереси та має публічно-правовий характер, а отже можуть бути предметом розгляду адміністративного суду у порядку передбаченому КАС України.

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ В КРАЇНАХ СУЧАСНОЇ ЄВРОПИ

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вирішальним етапом в процесі формування сучасної публічної адміністрації в Європі є кінець XVIII- початок XIX ст. Це відбувалося під впливом нових державно-правових ідей і змінених суспільних та економічних умов.

Особливе значення мали теорії поділу влади Шарля-Луї де Монтеск'є, суспільного договору Жан-Жака Руссо і природньо-правові концепції, що стосувалися суб'єктивних прав людини. У сучасній німецькій науці доречно підкреслюється те, що у ранній новітній період управління власністю керівної особи і виконання «публічних завдань» були між собою безпосередньо пов'язані. Для того, щоб добре зрозуміти предмет останніх і проаналізувати різні форми діяльності держави і органів управління, вихідним пунктом вивчення історії адміністрації повинно бути чітке її зрозуміння. Тому вивчення слід розпочати від історії поняття, що дозволить уникнути небезпеки перенесення сучасних концепцій в історичні реалії.

Термінологічний контекст поняття «адміністрація» до початку XIX ст. тісно пов'язується з такими визначеннями як «управління» («уряд») і «поліція», які перетиналися у своїх значеннях. Термін «адміністрація», що вживався вже з XV ст. аж до кінця XVIII ст., на відміну від сучасного, пов'язувався з особою керівника (суб'єкта управління) та мав приватно-правове значення. В ширшому контексті цей термін лише частково вживався для визначення державної діяльності, однак без системного розмежування між функціями управління і виконання. В межах поступового збільшення завдань держави, термін «адміністрація» охоплював вимоги «публічного добра» або теж «доброго порядку публічних справ», що не обмежувалися тільки «миром і безпекою», а також брали до уваги соціальні, економічні питання, моральність і релігійне життя. Однак,

окрім уже високою мірою розвиненої адміністративної організації держави, цим терміном визначалася перед усім управлінська діяльність. У XIX ст. він почав частково охоплювати організаційні питання, щоб вже з середини XIX ст. окреслювати функції і організацію завдань держави в сучасному розумінні.

В державах до XVIII ст. існувала синонімічність термінів «управляти» і «врядувати», що виражалося в тодішній термінології. Вихідним пунктом був латинський термін *administrare* (керувати, управляти), перекладений на французьку мову як *administrer*, іспанську - *administrar*, італійську – *governare*, англійську – *to rule / to govern*, німецьку – *verwalten* (від слова *walten* – керувати, панувати). До XVIII ст. зазвичай вживалися заміники терміну *administration* на поняття «управляти» і *gubernatio* – «врядування». Лише протягом майже ста років, від середини XVIII до середини XIX ст., в міру виділення різноманітності державних функцій, поняття «врядування» почало виражати завдання керування державою. Термін «уряд» почав означати здійснення вищої виконавчої влади державними органами, а в ширшому значенні став синонімом державного устрою.

Тлумачення поняття адміністрації було під сильнішим впливом змін поняття «поліція», ніж терміну «уряд». Слово «поліція» походило з грецької мови (*politeia, politia*) і в стародавній час означало устрій міста-держави. У французькій державі під поліцією розуміли належний і впорядкований стан державних справ. В Німеччині ж, у зв'язку з «добрим урядом», «безпекою», «спільною вигодою», поліція означала право і турботу державної влади про створення і утримання належного порядку державних справ і піклування про підданих. В широкому значенні за всю внутрішню адміністрацію держави відповідала поліція, і правові акти, що видавалися (поліцейські приписи) детально регулювали суспільні відносини підданих, в тому числі у сфері приватного життя.

У перші десятиліття XIX ст., оскільки поняття уряду зближувалося із завданнями керування державою, поняття поліції починало звужуватися до діяльності держави у сфері охорони порядку і безпеки громадян – тобто створення апарату поліції безпеки (в значенні політичної і кримінальної поліції). Хоча ще протягом цілого XIX ст. і початку XX ст. сильна інтервенційна політика держав призвела до того, що поліцейські функції проникали у різні сфери адміністрації. Метою т.зв. адміністративної поліції мало бути «забезпечення кожної сфери суспільного життя». Використовувалися такі поняття як поліція промислова, будівельна, залізнична, торгівельна, сільськогосподарська, лісова, мисливська, водна, морська, здоров'я. Наприклад, поліція здоров'я наділялася такими примусовими засобами, які держава використовувала з ціллю збереження суспільного здоров'я; будівельна поліція мала на меті забезпечення безпеки мешканців від небезпеки пожежі чи завалення будинків, а також дотримання відповідних норм при будівництві; сільськогосподарська поліція охоплювала діяльність держави у сфері боротьби з хворобами тварин чи з шкідниками рослин.

Розходження понять «уряд», «поліція», «адміністрація» в середині XIX ст. стало незамінною умовою сучасного тлумачення останнього. За те, що термін «адміністрація» увійшов в науковий обіг та у щоденний ужиток, слід завдячувати двом німецьким юристам: Робертові фон Моль та Лоренцові фон Штайн. Зокрема

останній у своїй відомій праці «Die Verwaltungslehre» (1865-1884) відійшов від плюралістичного трактування поліції як всієї діяльності держави, а з поняття адміністрації. Наслідком нового підходу було сформульоване Л.фон Штайном визначення адміністрації: «адміністрація – це працююча держава».

Польський науковець Х.Іздебські, автор «Історії адміністрації» («Historia administracji»), підкреслює, що адміністрація, що розуміється як керування публічними справами, означає виконавчу діяльність політичних рішень, а також, у ширшому значенні, організаторську діяльність держави. Таке розуміння адміністрації, характерне для європейського континенту, на відміну від держав англо-саксонської правової системи. Останні схилиються до розуміння адміністрації як управління якими-небудь справами – осіб, приватних чи публічних інституцій, чи нарешті самої держави. Організаторська діяльність держави, на думку цього ж автора, буде заслуговувати на назву адміністрації тоді, коли буде відділена з системи завдань держави, а тому буде організаційно, професійно і формально упорядкована. Загалом адміністрацією можна буде назвати організаторську діяльність держави, що дотримується наступних умов:

- завдання виконуються з використанням бюрократичного апарату;
- охоплює широкий спектр суспільних справ;
- функціонує на підставі загальних правових норм.

Варто підкреслити думку Х.Іздебського про те, що, по-перше, історія адміністрації – це історія публічної адміністрації, а по-друге, генезис сучасної адміністрації базується з часів та інституцій абсолютної монархії, коли вже виокремлювалися згадані елементи, що зумовлюють сьгоднішнє розуміння терміну «адміністрація». Зокрема Польща, яка не знала абсолютної монархії, але була державою з ризвиною шляхетською демократією, поняття, що має ознаки сучасної адміністрації, появилось у XVIII ст.

Коли звернемо увагу на публічну адміністрацію європейських держав XVIII ст, то побачимо її характерні риси. Її здійснювала обрана група людей, яка професійно управляла справами держави на різних ступенях з ієрархічною структурою посад, спеціалізацією, типовою процедурою залагодження справ, відмежуванням функцій службовців від їх особистих справ; ця група окрім виконання тимчасових справ, мала чітко виокремлену загальну ціль. Відповідно до тодішніх представників доктрини поліції «остаточною, стабільною і незмінною метою кожної держави є забезпечення щастя людей, оскільки не громадяни існують для влади, а навпаки».

Така група людей становила окрему ланку в суспільстві, яка розуміла свою позицію і роль. Зокрема в Пруссії за короля Фридерика Великого сформувалася група професійних державних урядовців, що мала спеціальний статус у суспільстві.

Та нова еліта, що «здійснювала адміністративні функції, вважалася чинником суспільної стабільності і порядку, розуміючи інтуїтивно, що не має права змінювати встановлених традицій і що її обов'язком є опікунське керування суспільством». Її виникнення дало початок новому поняттю, що виникло в середині XVIII ст, - «бюрократія», яке найімовірніше сформулював французький мислитель, ліберал і фізіократ Венсан де Гурне (1712-1759). Він в окремій урядовій

групі побачив нову форму правління, власне бюрократію (поряд з монархією і демократією), яка у своєму функціонуванні поводить ся так, як існує сама для себе, не беручи до уваги свої суспільні завдання.

Справжній дух прав Франції – це бюрократія, – стверджував В.де Гурне, – тут офіси, урядовці, секретарі, інспектори, адміністратори не призначені для того, щоб реалізувати публічний інтерес, а, як видається, публічний інтерес існує для того, щоб існували ці органи.

Термін В. де Гурне отримав ще інше значення, зокрема труднощі, які державна адміністрація створює громадянам при залагодженні їх справ. Таким чином розпочалася, відома і сьогодні, історія поняття «бюрократія», що має негативне значення і означає органи управлінського апарату з чіткими прагненнями до перевищення наданих повноважень.

XIX ст. утвердило у суспільній свідомості розуміння бюрократії як недолік управлінського корпусу, який діяв згідно з жорстокими і формальними правилами, із оскарженням урядовців щодо надання першочерговості приватній кар'єрі перед реалізацією публічних завдань.

ОПТИМІЗАЦІЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ

Кобрин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Система організації вищих органів державної влади в Україні переживає сьогодні черговий етап свого реформування та вдосконалення. Чільне місце в такій системі влади посідає Глава Уряду – Прем'єр-міністр України, оптимізація повноважень якого, на наше переконання, є вкрай необхідною умовою для завершення процесу остаточного переходу України до парламентсько-президентської форми правління.

Словник іншомовних слів визначає оптимізацію як процес надання будь-чому найвигідніших характеристик, співвідношень. Оптимізація повноважень Прем'єр-міністра України – це надання Главі Уряду України можливостей, які в найвигідніший спосіб дозволять останньому реалізувати свої права і обов'язки та виконувати визначену Конституцією України роль в механізмі системи стримувань і противаг влади змішаної, парламентсько-президентської форми правління.

Оскільки сьогодні Українська держава, як було вже відзначено, стала на шлях розвитку парламентсько-президентської республіки, варто внести зміни до Конституції України, запозичивши конституційний досвід таких держав як Польща та Португалія, доповнити чинний Основний закон статтею 116-1, яка б розкривала повноваження Глави Уряду. Зокрема, Прем'єр-міністр України:

- 1) здійснює керівництво Кабінетом Міністрів України;
- 2) спрямовує діяльність Кабінету Міністрів України на забезпечення здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави та на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої Верховною Радою України, та здійснення інших повноважень, покладених на Кабінет Міністрів України;
- 3) спрямовує, координує та контролює діяльність членів Кабінету Міністрів України, керівників інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, дає з цієї метою доручення, обов'язкові до виконання зазначеними органами та посадовими особами;
- 4) вносить на розгляд Верховної Ради України подання про призначення членів Кабінету Міністрів України (крім Міністра закордонних справ України та Міністра оборони України), а також Голови Антимонопольного комітету України, Голови Державного комітету телебачення та радіомовлення України, Голови Фонду державного майна України;
- 5) підписує акти Кабінету Міністрів України;
- 6) скріплює підписом акти Президента України відповідно до ч. 4 ст. 106 Конституції України;
- 7) представляє державу у міжнародних зносинах, веде переговори та укладає міжнародні договори;
- 8) здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України.

Також перейнявши досвід ряду європейських країн, наприклад такої як Словенія, внести право Прем'єр-міністра України ставити питання про вотум довіри перед парламентом – Верховною Радою України. А для цього, в першу чергу, потрібно зобов'язати кожен новопризначений Уряд представляти Програму своєї діяльності і обов'язково її погоджувати з українським парламентом. А для набуття завершеності даної процедури, на думку Р. Павленка доцільно доповнити конституційні положення вимогою до Прем'єр-міністра представити разом із Програмою і склад Уряду, а також зазначити в Конституції, що відхилення Програми діяльності Кабінету Міністрів означає відставку Уряду.

Окрім зазначеного вище права Глави Уряду ставити питання про довіру уряду та схвалення його Програми, вважаємо також доцільним надати право останньому бути самостійним суб'єктом права законодавчої ініціативи. Звичайно, що Прем'єр-міністр може реалізувати таке право за допомогою Кабінету Міністрів України, проте як бути Главі Уряду у випадку не підтримки законопроекту більшістю міністрів. Тому для керівника Уряду, з огляду на його статус, для меншої залежності від Уряду отримати таке право є край необхідним.

Крім того, на основі досвіду Франції корисним для співпраці між законодавчою та виконавчою гілками влади було б і право Прем'єр-міністра України скликати позачергові сесії Верховної Ради України та можливості внесення пропозиції щодо продовження строку чергових сесій.

В питаннях парламентської відповідальності Уряду важливо звернути увагу на можливість Прем'єра впливати на персональний склад Уряду. Відсут-

ність у Глави Уряду права ініціювати розгляд питання про звільнення конкретного урядовця, на думку Ю.Г. Барабаша, не зовсім співвідноситься із персоналіфікацією в особі Прем'єра колективної відповідальності всього Уряду.

Тому, врахувавши досвід розвинутих європейських демократій, слід також внести зміни до Конституції та Законів України, які б стосувалися наділення правом Прем'єр-міністра України, у випадку його невдоволення роботою члена Кабінету Міністрів України, мати одноособове право поставити питання перед Верховною Радою України про вотум довіри того чи іншого члена уряду. Такий «законодавчий запобіжник» дозволить уникати конфліктів всередині Уряду та сприятиме більш професійній та консолідованій роботі як з боку Прем'єр-міністра України, так і з боку окремих членів Кабінету Міністрів України.

Необхідно також на законодавчому та інших рівнях розвивати відносини Прем'єр-міністра України із Головою Верховної Ради України. Зокрема, варто встановити обов'язок з боку Голови Верховної Ради України невідкладного прийому Прем'єр-міністра України з питань скликання позачергових сесій Верховної Ради України, продовження строку чергових сесій парламенту, вотуму довіри чи резолюції недовіри Кабінету Міністрів України, Прем'єр-міністру України чи будь-якому іншому члену уряду, а також з питань прийняття та проведення голосування за проект Закону «Про Державний бюджет України».

На сьогодні, як нам видається, потрібно розвивати та вдосконалювати тип взаємовідносин: президент – лідер нації, прем'єр – свобода дій у галузі керівництва урядом та впливу на парламент. З огляду на це потрібні конституційні зміни, які б закріпили право за Президентом України вносити лише подання на призначення Прем'єр-міністра України, а право на внесення подання стосовно всіх інших високопосадовців (включаючи і Міністра закордонних справ, і Міністра оборони) залишити все-таки за Главою Уряду України.

Крім того, перелік положень пунктів ст. 106 Конституції України, що стосуються інституту контрасигнатури, потрібно переглянути в сторону збільшення сфер контролю з боку Прем'єр-міністра України та міністрів за діяльність Президента України. Так, варто би було повернути контрасигнацію актів в межах пункту 3 ст. 106 Конституції України, особливо щодо ведення переговорів та укладання міжнародних договорів та пункту 22 ст. 106, в частині призначення третини складу Конституційного Суду України.

Також назрілими є зміни до Конституції України у вигляді доповнення статті 106 частиною п'ятою такого змісту: «Акти Президента України, не скріплені підписами Прем'єр-міністра України та міністра, відповідального за акт та його виконання, є недійсними та не можуть бути офіційно оприлюднені».

Варто також внести зміни до Закону України «Про Кабінет Міністрів України» в якому визначити механізми відмови Прем'єр-міністра України та міністра відповідального за акт та його виконання від скріплення підписами акту глави держави та передбачити відповідальність за таку відмову, адже остання може базуватися виключно на «політичних мотивах»

Для збалансування позицій Прем'єр-міністра України у відносинах з Президентом України важливо також вилучити із компетенції останнього право

зупиняти дію актів Кабінету Міністрів України з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх конституційності.

Підсумовуючи, треба сказати, що це далеко не всі проблеми, які пов'язані із статусом Прем'єр-міністра України. Потрібно також чітко розуміти, що підняті питання стосуються також і визначення оптимальної для України форми державного правління, від зміни якої буде залежати і змінюватися відповідно і конституційно-правовий статус Прем'єр-міністра України.

ПРАВОВИЙ СТАТУС УПОВНОВАЖЕНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ОПЕРАТОРА В УКРАЇНІ

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вихід України на міжнародний ринок та встановлення тісних економічних зв'язків з іноземними контрагентами залежить від прозорої та ефективної митної політики. Переміщення товарів через митний кордон пов'язане з великою кількістю митних формальностей. З метою оптимізації часових та матеріальних витрат суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності часто звертаються до посередників у митних правовідносинах. Термін посередники у митних правовідносинах носить досить узагальнюючий характер та охоплює тих суб'єктів, котрі на професійному рівні надають послуги з виконання митних формальностей. До таких суб'єктів належать перед усім митні брокери та агенти з митного оформлення, а також до них можна віднести митних перевізників, утримувачів митних складів, магазинів безмитної торгівлі, керівників вільних митних зон, і уповноваженого економічного оператора.

Питання правового статусу уповноваженого економічного оператора (далі – УЕО) породжує найбільше дискусій. Варто зазначити, що незважаючи на те, що основи правового статусу УЕО були окреслені ще у 2013 році, – у новій редакції Митного кодексу України (далі – МКУ), даний інститут не має свого практичного застосування і по сьогоднішній день.

Запровадження нового суб'єкта митних правовідносин пов'язано з необхідністю визначити сукупність його прав та обов'язків, котрі б органічно поєднувались з митним регулювання та доповнювали б дану сферу. Без сумнівів, що при окресленні засад правового статусу УЕО законодавець виходив з буквального розуміння адаптації національного законодавства до стандартів Європейського Союзу (далі – ЄС). У редакції МКУ від 2013 року можемо спостерігати буквально переписування нормативних стандартів ЄС щодо правового статусу УЕО (*англ.* Authorized economic operator, AEO). Норми щодо УЕО у МКУ збігаються з нормами Митного кодексу ЄС в редакції від 2008 року. Варто нагадати,

що у 2013 році у ЄС було прийнято нову редакцію Митного кодексу. У новій редакції МК ЄС правові стандарти щодо УЕО викладені у незміненому вигляді у порівнянні з Кодексом ЄС від 2008 року.

Проблеми із практичним використанням інституту УЕО в Україні пов'язані з розробкою та прийняттям виконавчих норм. Міністерством фінансів України було розроблено проект наказу про затвердження Порядку та критеріїв оцінки відомостей, заявлених підприємством, для отримання статусу уповноваженого економічного оператора. З різних причин даний наказ не прийнятий і по сьогоднішній день. Варто звернути увагу, що положення щодо УЕО повністю відповідають європейським і прийняття згаданого наказу Мінфіну не повинно наражатись на перешкоди.

Правовий статус УЕО передбачає надання окремим суб'єктам митних правовідносин спрощень при виконанні митних формальностей. В розумінні МКУ, до таких суб'єктів належать лише підприємства, які мають позитивний досвід виконання норм митного права і можуть гарантувати ефективний контроль за переміщуваними через кордон товарами. Надання статусу УЕО можливе лише на підставі заяви до контролюючого органу, у якій зацікавлений суб'єкт повинен подати вичерпну інформацію щодо своєї надійності. До заяви про видачу сертифіката уповноваженого економічного оператора додається, зокрема, анкета з результатами самооцінки. Самооцінка проводиться заявником за наступними критеріями:

- 1) дотримання положень законодавства України, у тому числі з питань державної митної справи;
- 2) система звітності та обліку товарів, транспортних засобів;
- 3) платоспроможність;
- 4) відповідність стандартам безпеки.

Кожна з граф анкети повинна бути підтверджена відповідними документами. У пункті 3 статті 13 МКУ передбачається достатньо чіткий перелік необхідної для видачі свідоцтва інформації. В даній статті МКУ передбачено також які дії повинні бути виконані посадовими особами контролюючих органів для перевірки допустимості видачі свідоцтва та реєстрації відповідної особи в якості УЕО. Цікавим в даному аспекті є необхідність подачі інформації про зарубіжних торговельних партнерів, чи залучення посередників при здійсненні зовнішньоторговельних операцій. Постає запитання, звідки майбутній УЕО повинен володіти інформацією про конкретних іноземних контрагентів та чи постане у нього необхідність залучення митних посередників. Згідно з п.3 ст. 14b Виконавчих приписів до Митного кодексу ЄС № 2913/92, УЕО – це будь-яке підприємство резидент, що зареєстроване та отримало сертифікат УЕО, до яких належать також і митні брокери, митні перевізники та експедитори. Особливості реалізації даних видів діяльності, вказують на те, що дані суб'єкти не зможуть односторонньо повідомити про іноземних, чи то вітчизняних контрагентів.

У підсумку, варто звернути увагу, що інститут УЕО спрямований на спрощення митних формальностей і застосовується до всіх суб'єктів, що приймають участь у митних правовідносинах в якості декларантів. Аналізуючи зміст та значення даного інституту, необхідно вказати, що УЕО це не тільки ве-

ликі підприємства, чи великі платники податків, але і суб'єкти підприємницької діяльності, що надають послуги у сфері державної митної справи.

1. Митний кодекс України від 13.03.2012р., № 4495 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4495-17>

2. Commission Regulation (EEC) No 2454/93 of 2 July 1993 laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) No 2913/92 establishing the Community Customs Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:01993R2454-20140101&from>

3. Regulation (EC) No 450/2008 laying down the Community Customs Code (Modernised Customs Code)[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0062:0062:EN:PDF>

4. Regulation (EU) No 952/2013 of the european parliament and of the council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:269:0001...>

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕНЬ В ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЯХ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ ЗА ЗВЕРНЕННЯМ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

Решота В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Формування системи адміністративних судів та ухвалення Кодексу адміністративного судочинства України (далі КАС України) створили передумови для впровадження ефективного механізму захисту прав, свобод та інтересів фізичних та юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень у сфері публічно-правових відносин.

Особливістю адміністративного судочинства є те, що фізична чи юридична особа, які звертаються за захистом своїх прав, свобод та інтересів переважно виступають у ролі позивача. Натомість суб'єкт владних повноважень може виступати у якості позивача у конкретних випадках, які чітко регламентовані у законодавстві, зокрема у ч. 4 ст. 50 КАС України та в інших випадках, встановлених законом. Це положення відображає, що звернення суб'єкта владних повноважень в адміністративний суд є швидше винятком із загального правила. Хоча деякі науковці, зокрема Ю. С. Педько, загалом заперечують участь суб'єкта владних повноважень в якості позивача в адміністративному процесі, що суперечить правозахисній природі адміністративного судочинства.

КАС України визначає, що звернення до адміністративного суду відбувається шляхом подання адміністративного позову. Стаття 106 КАС України містить вимоги, що ставляться до позовної заяви.

Проте динамічний розвиток правовідносин зумовлює необхідність внесення змін і доповнень у тому числі й до КАС України. Так, Кодекс було доповнено цілою низкою статей у главі 6 «Особливості провадження в окремих категоріях адміністративних справ», де визначаються особливості розгляду та вирішення цілої низки різноманітних категорій адміністративних справ, враховуючи їхню специфіку. Проте незалежно від того, хто є суб'єктом звернення в адміністративний суд, воно відбувається на підставі позовної заяви (адміністративного позову). Проте серед групи адміністративних справ звертають увагу дві статті: стаття 183-3 «Особливості провадження у справах за зверненням органів доходів і зборів» і стаття 183-4 «Особливості провадження у справах за зверненням Служби безпеки України щодо накладення арешту на активи, що пов'язані з фінансуванням тероризму та стосуються фінансових операцій, зупинених відповідно до рішення, прийнятого на підставі резолюцій Ради Безпеки ООН, зняття арешту з таких активів». У підручнику «Судура домінії адміністративного процесуального права України» (Загальна частина) за редакцією С. В. Ківалова, І. О. Картузової, А. Ю. Осадчого (2014 рік) зазначено, що цими статтями запроваджено особливе (непозовне) провадження в адміністративних судах, яке розпочинається за зверненням суб'єктів владних повноважень у порядку особливого провадження до адміністративного суду. Це, на думку авторів вищевказаного підручника, ставить низку питань до існуючого в законодавстві поняття адміністративного позову. Хоча ця думка є дещо спірною, адже у п. 6 ч. 1 ст. 3 КАС України міститься визначення адміністративного позову, під яким розуміємо звернення до адміністративного суду про захист прав, свобод та інтересів або на виконання повноважень у публічно-правових відносинах. При цьому законодавець не вказує, що таке звернення має відбуватись лише шляхом подання адміністративного позову. Подання органів доходів і зборів за ст. 183-3 може розглядатись як одна із форм звернення в адміністративний суд. Натомість у ст. 183-4 чітко вказано, що провадження у цій категорії справ здійснюється на підставі адміністративного позову Голови Служби безпеки України або його заступника. Отже, називати цю категорію справ у якості «непозовного провадження» не є виправданим, адже це є формою звернення в адміністративний суд на виконання повноважень у публічно-правових відносинах. Тому більш виправданим буде вживання «особливого провадження» для цих двох категорій справ. Поняття «особливе провадження» не вживається законодавцем, проте може використовуватись з метою відокремлення особливого порядку, за яким розглядаються і вирішуються ці категорії адміністративних справ.

Стаття 183-3 КАС України, доповнена у Кодекс у 2010 році, встановлює особливості провадження за зверненням органів доходів і зборів. Формою звернення є подання органу доходів і зборів. Особливими є строки для звернення з поданням (24 години), повторного звернення після усунення недоліків та розгляду і вирішення справи. Частина 3 ст. 183-3 містить окремі вимоги до форми і змісту такого подання. Відмінним є й назва сторін: орган доходів і зборів і платник податків, які далі у статті називаються сторонами.

Певні особливості має й провадження в порядку ст. 183-4 КАС України, що доповнило Кодекс у 2011 році. Формою звернення у цій категорії адміністративних справ є адміністративний позов, проте ч. 2 ст. 183-4 КАС України встановлює вимоги до змісту такого позову. Такий адміністративний позов подається до суду I інстанції за підсудністю. При чому територіальна підсудність розгляду та вирішення такої категорії справ буде визначатись за ч. 5 ст. 19 КАС України, тобто за вибором позивача (заявника). Сторонами у такому провадженні є: заявник (з боку Служби безпеки України) та власник активів, що пов'язані з фінансування тероризму та стосуються фінансових операцій, зупинених відповідно до рішення, прийнятого на підставі резолюцій Ради Безпеки ООН. При цьому останній про розгляд справи не повідомляється. А позов розглядається не пізніше наступного робочого дня у закритому судовому засіданні за участю тільки заявника. Оскаржити в апеляційному порядку можна лише ухвалу про відмову в прийнятті позову протягом трьох днів. А судові рішення, що набрали законної сили є остаточними та підлягають негайному виконанню.

Ряд особливостей та відмінностей у провадженнях за статтями 183-3 і 183-4 КАС України дозволяють виокремити їх серед масиву інших адміністративних справ за КАС України. Характерним для цих справ є також те, що підставою для звернення в адміністративний суд у таких випадках не виступає публічно-правовий спір, а необхідність реалізації повноважень у публічно-правових відносинах органами доходів та зборів та Службою безпеки України.

Отже, справи особливого провадження виникають на підставі публічно-правового спору і не тягнуть за собою виникнення позовного провадження, що дозволяє виокремити їх серед інших адміністративних справ. Дослідження цієї категорії справ та вплив на теорію адміністративного процесу потребує подальших наукових пошуків.

ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «СУБ'ЄКТ ДЕЛЕГУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ»

Терещук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Делегування повноважень, будучи способом удосконалення публічного адміністрування, потребує особливого суб'єктного складу та відповідної процедури. Власне поняття суб'єкта, який делегує повноваження не знайшло належного законодавчого регулювання.

До проблеми адміністративно-правового регулювання делегування повноважень у своїх дослідженнях зверталися О. М. Алтуніна, Г. В. Бублик, П. М. Любченко, А. М. Нікончук. Проте праці перелічених науковців висвітлюють даний інститут лише в аспекті відносин між місцевими органами публічної адміністрації, а саме місцевими держадміністраціями та органами місцевого самоврядування. Більше того, питання суб'єкта, який делегує повноваження, ґрунтовно не висвітлювалося у наукових дослідженнях.

Тому метою даної розвідки є визначення поняття «суб'єкт делегування повноважень».

У цілях даного дослідження під делегуванням розуміємо процес передачі власних повноважень суб'єкта публічної адміністрації із супровідними фінансовими та / або матеріальними ресурсами та відповідними контрольними обмеженнями, що здійснюється на підставі договору чи нормативного акта. Тобто за допомогою делегування, повноваження, які входять в компетенцію одного суб'єкта переходять до іншого, стаючи додатковими /субсидіарними до його власної компетенції. Як бачимо, основний акцент у таких правовідносинах поставлено на їх предметі, а саме владних повноваженнях щодо здійснення публічного адміністрування. Визначивши їхніх первинних власників, ми власне окреслимо перелік суб'єктів делегування, адже передати елемент компетенції може лише той, кому він належить.

В Україні здійснення публічного адміністрування покладено на органи виконавчої влади, виконавчі органи місцевого самоврядування та національні комісії. Для кращого розуміння сутності цих суб'єктів пропонуємо виділити їхні характерні ознаки:

- наділення публічною владою (ст. 5 Конституції України). Саме статус органу свідчить про основне безпосереднє призначення даної інституції до реалізації публічно-владних функцій.

- наявність компетенції до здійснення публічного адміністрування (виконання публічно-владних функцій). Цю позицію поділяють і польські науковці, зазначаючи, що діяння органу публічної адміністрації полягає в тому, що останній покликаний через право до реалізації (застосування) норм адміністративного права із властивими цьому праву наслідками і в межах визначених йому через право компетенції. Тому ключовим завданням такого органу є здійснення публічного управління;

- уповноваження до діяльності виключно через норми закону (ст.ст. 6, 92 Конституції України). Як слушно зауважив Ю. Панейко: «джерелом для виконання всієї державної адміністрації, як адміністрації правління, так і самоврядуної, є завжди компетенційна норма закону»;

- організаційна самостійність, тобто відокремленість одного органу від іншого (наявність власної структури та штату службовців).

- структурна належність до державних органів або ж органів місцевого самоврядування. Кожен з цих органів, в силу виконання публічно-владних функцій, займає своє, властиве лише йому, місце у вертикалі державного апарату, або ж муніципальної влади.

З метою забезпечення ефективного адміністрування та здійснення його на найближчому до приватних осіб рівні органи делегують частину своєї компетенції іншим суб'єктам, яких, як правило, називають суб'єктами делегованих повноважень, виконання публічної влади, для яких не є прерогативою. Тобто такі права та обов'язки повинні бути в певний спосіб їм передані. Існує два шляхи цієї передачі: законодавчий та договірний.

Щодо першого, то делеговані повноваження закріплюються поряд із власною компетенцією суб'єкта, якому вони передаються. За таких умов, джерелом цих додаткових / субсидіарних повноважень є безпосередньо норма закону. Тому визначити суб'єкта, до компетенції якого первісно належали делеговані повноваження, стає важче. Вирішити дане питання можна виходячи із того, кому належить окремі права контролю за реалізацією делегованих повноважень. Наприклад, на підставі Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», із змінами та доповненнями внесеними Законом України від 26.12.15 № 2982, функція державної реєстрації делегується місцевим органам публічної адміністрації та іншим суб'єктам, вимоги до яких, очевидно, знайдуть своє закріплення у постанові Кабінету Міністрів України. Звідси суб'єктами державної реєстрації прав визнаються:

- виконавчі органи сільських, селищних та міських рад, Київська, Севастопольська міські, районні, районні у містах Києві та Севастополі державні адміністрації;

- акредитовані суб'єкти, критерії та вимоги до яких, а також порядок проходження акредитації та моніторингу яких визначає Кабінет Міністрів України (далі – акредитовані суб'єкти).

Отже, робимо висновок, що суб'єктом делегування у конкретних правовідносинах є Міністерство юстиції та його територіальні органи, адже саме до їх компетенції первісно належать повноваження щодо здійснення реєстраційних дій.

Щодо договірному способу передачі компетенції, то, виходячи із принципу законності, можливість набуття органом статусу суб'єкта делегування повинна чітко закріплюватися у законодавчих актах. Так, відповідно до ст. 10 Закону України «Про співробітництво територіальних громад» для забезпечення виконання повноважень згідно із Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» та підвищення ефективності використання коштів місцевих бюджетів органи місцевого самоврядування суб'єктів співробітництва на підставі договору про співробітництво можуть делегувати одному із суб'єктів співробітництва виконання одного чи кількох завдань з передачею йому відповідних ресурсів.

На підставі наведеного під суб'єктом делегування повноважень розуміємо орган публічної адміністрації, повноваження якого на підстав закону або договору передаються іншим суб'єктам (органам публічної адміністрації або приватним особам), і який в силу делегування набуває окремих контрольних повноважень по відношенню до цих суб'єктів.

ВИМОГИ, ЩО ПРЕД'ЯВЛЯЮТЬСЯ ДО ЗМІСТУ СУДОВОГО РІШЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Труш М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зв'язок між позовом, як початковим етапом судового процесу, та судовим рішенням – його процесуальним результатом, має велике значення. Без пред'явлення позову не може бути ні самого процесу, ні судового рішення у ньому. Рішення є своєрідною відповіддю на заявлений позов, тому структура позову певним чином визначає структуру рішення. Відповідно, в обох можна виділити трикомпонентну структуру, і саме в цьому аспекті можна стверджувати про тотожність структури позову та судового рішення в адміністративному процесі.

У зв'язку із цим, на нашу думку, судові рішення в адміністративному процесі складаються з трьох елементів: предмету, підстави та змісту.

Предметом судового рішення в адміністративній справі є відповідне правовідношення, в межах якого було порушено відповідні права та свободи, що підлягають захисту.

Предметом судового рішення в адміністративній справі є публічно-правові правовідносини, в межах яких органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими і службовими особами або іншими суб'єктами при здійсненні ними владних управлінських функцій були порушені права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб.

Другим необхідним елементом судового рішення є його підстава, яка включає встановлені судом фактичні обставини справи (фактична підстава) та здійснену правову кваліфікацію цих обставин та спірного правовідношення в цілому, на основі яких суд прийшов до кінцевого висновку щодо задоволення позову або щодо його відмови, а також обраного способу захисту права (правова підстава).

Третім необхідним елементом судового рішення є його зміст, під яким слід розуміти владний припис суду щодо заявленої вимоги, який включає висновок щодо задоволення заявленої вимоги або відмови у її задоволенні, а також застосований судом вид (спосіб) судового захисту права чи охоронюваного законом інтересу. В літературі саме цей елемент судового рішення виявився найбільш дискусійним, аж до його заперечення, на що ми звернули увагу вище. Умовно цей елемент судового рішення можна поділити на дві частини: владний припис суду щодо заявленої вимоги та обраний спосіб судового захисту. Такий поділ, якщо використати його як певну наукову конструкцію, дозволяє, перш за все, зосередитись на аналізі другої частини змісту рішення, яка пов'язана з обсягом судових повноважень щодо предмету спору, тобто із тим, в яких формах здійснюється охорона права, свободи чи інтересу судом. Що стосується припису суду щодо заявленої вимоги, то, на наш погляд, практичний інтерес становить, головним чином, повнота цього припису. Проблема ж обраного судом способу

захисту права чи інтересу є самостійною і зводиться до характеристики його правомірності, яка визначається тим, чи відповідає цей спосіб захисту заявленій вимозі, а також вимогам закону. З огляду на те, що матеріальний закон включає як загальні способи захисту права, так і спеціальні, тобто ті, які можуть бути застосовані лише щодо певної групи прав, проблема вибору належного способу виникає об'єктивно.

Як вдало акцентує Г. В. Фази́кош, питання правомірності обраного судом способу захисту права включає два основні аспекти: 1) відповідність його тому способу, який просить застосувати позивач; 2) відповідність його вимогам закону, що включає відповідність його змісту порушеного права та характеру самого порушення [1].

Слід зауважити, що за умови рівності сторін у процесі, при дотриманні принципів змагальності та диспозитивності, немає необхідності закріплювати можливі способи захисту порушених прав у процесуальному законі. До прикладу, ЦПК України не містить переліку способів захисту, про застосування яких позивач може просити суд та які можуть бути застосовані судом при ухваленні рішення. Стаття 4 ЦПК України закріплює правило, що здійснюючи правосуддя, суд досягає цієї мети у спосіб, визначений законами України. Перелік способів захисту права закріплено в ст. 16 ЦК України (визнання права, припинення правовідношення тощо), ст. 20 ГК України (відшкодування збитків, застосування штрафних санкцій тощо), ст. 18 СК України (встановлення правовідношення, примусове виконання добровільно не виконаного обов'язку тощо) та ін.

Оскільки однією із сторін спору в адміністративному процесі є суб'єкт владних повноважень (тобто, сторони у правовідносинах не є юридично рівними), а сам адміністративний процес побудований не на принципі змагальності сторін, виникла необхідність деталізувати межі дискреції позивача при формуванні позовних вимог, та, відповідно, суду при ухваленні рішення. У зв'язку із цим ч. 4 ст. 105 КАС України встановлено перелік вимог, які може містити адміністративний позов, таких як скасування або визнання нечинним рішення відповідача - суб'єкта владних повноважень, зобов'язання відповідача - суб'єкта владних повноважень прийняти рішення або вчинити певні дії тощо.

До змісту судового рішення в адміністративній справі деякими вченими пропонується застосовувати таку вимогу як вичерпність. В. М. Кравчук під вичерпністю розуміє таку властивість постанови суду, яка характеризує повноту відповіді суду на всі правові питання, що були поставлені перед ним. [2, с. 522] Постанова може вважатися вичерпною лише у тому випадку, коли суд повністю вирішив спір між сторонами та не залишив поза увагою жодної вимоги позивача.

Постанова суду повинна також відповідати вимозі визначеності. Особливе значення ця вимога має для резолютивної частини постанови, оскільки саме в ній міститься юридичний результат розгляду справи та обирається спосіб захисту порушеного права позивача або відмовляється йому у захисті. У резолютивній частині постанови має бути чітко вказано, чи задовольняє суд позовні вимоги, і якщо так, то повністю чи частково. При частковому задоволенні позову суд повинен точно вказати, в якій частині позов задоволений, а в якій у задоволенні

позовних вимог відмовлено. Якщо суд повністю відмовляє у задоволенні позову, він повинен чітко сформулювати, кому та у яких вимогах відмовлено.

Зміст судового рішення в адміністративній справі повинен бути безумовним, тобто, не повинен ставити можливість застосування обраного судом способу захисту у залежність від настання чи ненастання певних обставин. З цього приводу влучно висловилися П. П. Заворотько та М. Й. Штефан, які зазначили, що включення до рішення умов, від яких залежить можливість його виконання, підкреслювало б необхідність перед початком виконання встановити наявність таких умов. Це призведе до необхідності проведення нового дослідження, особливо, коли між сторонами виник спір про ці умови. [3, с. 87]

На основі наведеного можна дійти висновку, що до змісту судового рішення в адміністративному процесі пред'являються такі вимоги:

1) судове рішення повинне бути вичерпним – суд повністю вирішує спір між сторонами та не залишає поза увагою жодної вимоги позивача;

2) судове рішення повинне бути визначеним – містити чіткий висновок щодо повного чи часткового задоволення заявленої вимоги або відмови у її задоволенні;

3) зміст постанови суду в адміністративній справі повинен відповідати способу захисту, про застосування якого просить позивач;

4) застосований адміністративним судом спосіб захисту повинен відповідати способам захисту, визначеним ч. 4 ст. 105 КАС України або іншим законом;

5) обраний спосіб захисту повинен відповідати змісту порушеного права та характеру порушення.

1. Фазикош Г.В. Судове рішення в цивільному судочинстві. Дис... канд. юрид. наук. – м. Харків, 2008 рік., с. 67

2. Кравчук В.М. Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України. – Х.: Фактор, 2011. – 800 с.

3. Заворотько П.П., Штефан М.Й. Судове рішення. – К., 1971. – 188 с.

ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ ЯК СПОСІБ ПІДВИЩЕННЯ ЯКОСТІ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ

Хлібороб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Якість адміністративних послуг є свідченням ефективності роботи органів публічної адміністрації та їх скерованості на забезпечення прав, свобод, та інтересів фізичних і юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин. Традиційно, у науковій літературі якість адміністративних послуг визначається через такі критерії як результативність, своєчасність, доступність, зручність адміністративних послуг.

У державах з розвинутими формами демократії використовують самі найрізноманітніші заходи, які дозволяють підвищити якість адміністративних послуг і відповідно збільшити рівень задоволення громадськості роботою органів публічної адміністрації, підвищувати рівень довіри до них. Розвиток інформаційних технологій вніс свої корективи в цей процес. Тож, найактуальніші ініціативи демократичних країн ґрунтуються на покращенні якості та доступності адміністративних послуг через активне залучення інформаційних технологій. Як наслідок, електронне урядування стало одним із головних пріоритетів більшості демократичних країн світу. Адже саме можливості електронного урядування дозволяють максимально спростити доступ до адміністративних послуг, забезпечити своєчасність їх надання, а також забезпечити зручність адміністративних послуг для населення. Так, в особи не виникає потреби спілкуватися з чиновником, шукати зручний час для відвідання органу публічної адміністрації, очікувати у чималих чергах, тощо.

Найбільш натхненним є приклад Естонії. Кожен громадянин Естонії має ID-картку, яка дає доступ до цілої системи е-уряду. За її допомогою можна сплачувати податки, бачити інформацію про себе в різних базах даних, а також голосувати он-лайн. Система е-урядування добре захищена, бо не існує якогось мастер-файла, що містив би всю інформацію про вас. Є кілька баз даних із різною інформацією, доступ до якої обмежений. Наприклад, якщо лікар захоче подивитися профіль свого пацієнта, то побачить лише медичну частину; співробітник поліції може отримати доступ до приватної інформації лише на офіційних засадах. Відповідальність за порушення у сфері використання ID-карток та в цілому у сфері е-урядування надзвичайно сувора.

Лідером з інновацій у секторі публічного адміністрування та надання публічних послуг є Норвегія. Електронні сервіси, що надає держава, охоплюють усі найважливіші сфери діяльності суспільства – від сплати податків, регулювання бізнесу та питань імміграції до послуг в сфері охорони здоров'я та подорожей. Усі вони доступні на порталах з консолідованою інформацією, що значно спрощує їх пошук.

У Данії свого часу у повному обсязі було вирішено припинити використання паперових документів і звичайної пошти: кожен громадянин Данії має електронну поштову скриньку, через яку отримує письмові повідомлення від органів публічної адміністрації. Взаємодія Уряду і з бізнесу відбувається у повному обсязі через використання інформаційно-комунікаційних технологій.

Данський уряд став надзвичайно мобільним: «eDay4», день, який знаменує собою закінчення паперового документообігу для данського уряду, відбувся в листопаді 2014 року.

Спроба запровадження системи електронних адміністративних послуг стала інновацією Закону України «Про адміністративні послуги». Так, відповідно до ст. 17 цього закону надання адміністративних послуг в електронній формі, з використанням інформаційно-комунікаційних технологій, зокрема мережі Інтернет мав би забезпечити Єдиний державний портал адміністративних послуг (надалі - Портал). Він, до слова, також є офіційним джерелом інформації про надання адміністративних послуг в Україні. Окрім цього, Портал мав би забезпечити:

1) доступ суб'єктів звернення до інформації про адміністративні послуги та про суб'єктів надання адміністративних послуг;

2) доступність для завантаження і заповнення в електронній формі заяв та інших документів, необхідних для отримання адміністративних послуг;

3) можливість подання суб'єктами звернення заяви за допомогою засобів телекомунікаційного зв'язку;

4) можливість отримання суб'єктами звернення інформації про хід розгляду їхніх заяв;

5) можливість отримання суб'єктами звернення за допомогою засобів телекомунікаційного зв'язку результатів надання адміністративних послуг;

6) можливість здійснення суб'єктами звернення оплати за надання адміністративної послуги дистанційно, в електронній формі.

Наразі, функціонує пілотна версія Єдиного державного порталу адміністративних послуг за електронною адресою: <http://posludy.gov.ua/>. Робота цього ресурсу відбувається в інформаційному режимі, тобто надає можливість користувачам, зокрема отримувати інформацію про адміністративну послугу, окремі зразки документів необхідних для отримання послуг.

Разом з тим, створюються численні одиничні ініціативи окремими відомствами щодо надання адміністративних послуг в електронній формі. Так, нещодавно на сайті Міністерства юстиції України створено систему «Електронні сервіси», яка включає можливості доступу до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців та Кабінету адміністративних послуг. Державна архітектурно-будівельна інспекція України недавно презентувала електронні послуги у сфері будівництва – реєстрацію повідомлень та декларацій про початок підготовчих робіт та про початок будівельних робіт. Міністерство екології та природних ресурсів України запустило першу електронну послугу в екологічній сфері «Декларацію про відходи». З 1 липня електронна послуга у пілотному режимі запрацювала у Дніпропетровській області та до кінця року запрацює на всій території України.

Однак, такі ініціативи одиничні, вони, на жаль, не носять системного характеру. Окрім того, про адміністративні послуги, як такі не йдеться. Найчастіше електронну форму отримують суміжні сервіси, які за своєю суттю не є адміністративними послугами.

В електронному кабінеті, що створений на сайті Міністерства юстиції України, також відсутні адміністративні послуги як такі. Серед сервісів, які пропонує кабінет є такі: отримання інформаційних довідок з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно для фізичних та юридичних осіб; перевірка документу Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; надання відомостей з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців у вигляді запитів, витягів, виписок та довідок; надання відомостей з Державного реєстру друкованих засобів масової інформації та інформаційних агентств як суб'єктів інформаційної діяльності; надання відомостей з Єдиного реєстру громадських формувань, тощо.

Підсумовуючи, необхідно акцентувати на тому, що виклики, зумовлені динамічним розвитком інформаційно-комунікаційних технологій наголошують

на нагальній необхідності створення як організаційних так і правових умов для надання адміністративних послуг фізичним та юридичним особам в електронній формі. Для забезпечення належної організації надання електронних адміністративних послуг потребує поетапного впровадження цілої низки заходів, серед яких особливо слід підкреслити посилення інформаційної безпеки, забезпечення повноцінного функціонування електронного документообігу, створення системи електронної взаємодії органів публічної адміністрації, тощо.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ В КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Школик А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Рівень та якість правового регулювання адміністративної процедури в Україні до цього часу залишаються відверто недостатніми. Такий стан зумовлено як консерватизмом чималої частини вітчизняних науковців у сфері адміністративного права, так і особливим темпом законодавчої діяльності Верховної Ради. Адже питання належного правового забезпечення порядку прийняття рішень органами виконавчої влади і місцевого самоврядування за змістом є суто технічним, не носить політичного характеру і не відноситься до пріоритетів українського парламенту. Також ця сфера правового регулювання не належить до першочергових напрямів адаптації національного законодавства до права Європейського Союзу, серед яких назвемо зовнішньоекономічне, митне та пов'язані з ними сфери законодавства.

З іншого боку, приведення національного законодавства про адміністративну процедуру у відповідність з *acquis communautaire* і вужче - принципами Європейського адміністративного простору, було однією з необхідних передумов приєднання до Європейського Союзу нових держав. З наведеного вище випливає, що в інтересах України, яка задекларувала свій європейський вибір, належно і відповідно до останніх розробок у сфері правового забезпечення функціонування публічної адміністрації врегулювати адміністративну процедуру. У цьому контексті зрозумілою для юристів є орієнтація на запозичення успішного досвіду країн, що, як і наша держава, належать до романо-германської правової системи.

Ключовим питанням, яке, на жаль, залишається актуальним для України, є наявність чи відсутність загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру. Нагадаємо, що такий закон (кодекс) є продуктом ХХ століття і вперше був прийнятий у 1925 році в Австрії. Після цього відбувалось поступове поширення цієї ідеї і прийняття загальних законів (кодексів) про адміністративну процедуру в інших країнах, що належать до романо-германської правової системи. В результа-

ті, станом на сьогодні, переважна більшість цих країн схвалили відповідне законодавство. При тому зауважимо, що загальний закон (кодекс) про адміністративну процедуру серед колишніх республік Радянського Союзу ухвалили не лише нові держави з чіткою політичною орієнтацією на Європейський Союз (передусім – Балтійського регіону), але й ряд інших (наприклад, Білорусь та Казахстан).

У зв'язку з цим, вважаємо, що у країнах романо-германської правової системи питання правового забезпечення адміністративної процедури вирішено переважно подібно. Винятки у цьому контексті залишаються: загальних законів (кодексів) немає у Франції, Російській Федерації та Україні, - однак ситуація може змінитись і в цих країнах.

Для України важливим є досвід запровадження нового законодавства про адміністративну процедуру у державах Східної та Південно-Східної Європи, які є найближчими за рівнем розвитку права серед країн романо-германської правової системи. Тут, знову ж таки зазначимо, що практично у жодній з цих країн вирішення цього питання не носило характеру політичної дискусії, а законодавчі органи усвідомили очевидну доцільність прийняття загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру. І чим швидше це було зроблено, тим більше перспектив розвитку з'являлось у відповідній державі, наприклад, в країнах Балтії відповідні закони було прийнято ще у 90-х роках. При тому визнаємо, що в деяких країнах і до цього часу існувала традиція врегулювання адміністративної процедури в загальному законі. Наприклад, в Югославії, перший такий акт було схвалено ще в 1931 році; в комуністичний період існування Соціалістичної Федеративної Республіки Югославії акт було прийнято в новій редакції у 1956 році, а у Сербській Республіці – в 1997 році.

В Україні врегулювання адміністративної процедури у загальному законі про адміністративну процедуру (із небагатьма винятками, наприклад, в частині податкового законодавства) є на цьому етапі дещо ускладнене у зв'язку наявністю численних актів спеціального законодавства, що містять адміністративно-процедурні норми і можуть призвести до юридичних колізій.

Однак збереження *status quo*, який означає відмову від загального закону про адміністративну процедуру та подальше прийняття спеціальних законодавчих актів у різних сферах функціонування органів публічної адміністрації має ряд недоліків, серед яких:

- технічна недоцільність постійного дублювання аналогічних приписів при регулюванні порядку прийняття рішень органами публічної адміністрації у різних сферах та у різних адміністративно-територіальних одиницях; в кожному випадку таке дублювання знижує рівень ефективності функціонування публічної адміністрації з огляду на необхідність збільшення витрат;

- неврахування в спеціальних нормативно-правових актах, що визначають порядок прийняття рішень в окремих сферах функціонування публічної адміністрації напрацьованих стандартів адміністративної процедури; такі стандарти спрямовані на досягнення двох цілей: якнайповнішої реалізації прав, свобод та законних інтересів приватних осіб у відносинах з органами публічної адміністрації та підвищення ефективності функціонування цих органів.

Перевагою такого варіанту подальшого прийняття виключно спеціальних нормативних актів є менша ймовірність виникнення колізій між адміністративно-процедурними нормами, що містяться у різних правових актах однакової юридичної сили. Однак повна реалізація такого варіанту видається недоцільною. Адже очевидно, що немає потреби закріплювати відмінні особливості порядку прийняття рішень на локальному рівні для місцевих органів публічної адміністрації, а особливо – органів місцевого самоврядування у різних регіонах унітарної держави. Навіть сьогодні нормативно-правове регулювання адміністративної процедури здійснюється на основі типових регламентів, які просто перезатверджуються у тій чи іншій адміністративно-територіальній одиниці, не кажучи про окремі процедурні норми закону України від 2 жовтня 1996 року «Про звернення громадян», які поширюються на усі ланки системи органів публічної адміністрації.

Тому основним варіантом удосконалення законодавства в аналізованій сфері є прийняття загального закону (кодексу) про адміністративну процедуру, який з небагатьма винятками поширюватиме свою дію на переважну більшість органів публічної адміністрації. Основним недоліком цього варіанту є реальна можливість виникнення колізій між нормами спеціального адміністративно-процедурного законодавства та приписами цього кодексу, що негативно впливатиме на практику функціонування публічної адміністрації. Більше того, такі колізії можуть порушувати принцип правової визначеності, як для приватних осіб, так і для публічних службовців відповідних органів. Тому чітке співвідношення між нормами загального та спеціального законодавства є об'єктивною передумовою вибору такої моделі. До речі, тут підходить законодавця у зарубіжних державах також різняться: переважним є встановлення пріоритету спеціального законодавства, а загальний закон про адміністративну процедуру діє субсидіарно. Однак, тут є винятки, зокрема, іспанський закон про загальний юридичний статус публічної адміністрації та адміністративну процедуру має вищу юридичну силу над усіма іншими законодавчими актами, що містять адміністративно-процедурні норми.

Чітке закріплення пріоритету спеціального законодавства зменшує ймовірність виникнення колізій, але одночасно зменшує вагу загального закону про адміністративну процедуру. Варто взяти до уваги, що у спеціальних законодавчих актах гарантії прав, свобод та законних інтересів приватних осіб можуть бути виписані не так чітко, як у загальному законі.

З огляду на наведене, в проєкті закону про адміністративну процедуру України розробниками передбачено, що для окремих видів адміністративних справ законом можуть бути установлені особливості адміністративного провадження, але ці особливості не повинні суперечити принципам адміністративної процедури, визначеним цим Кодексом. Таке врегулювання відповідає переважній більшості підходів до вирішення аналізованої проблеми в державах, що належать до романо-германської правової системи. Проте в умовах України це, знову ж таки, може викликати проблеми на практиці. Певною традицією, яка має свої витoki у радянському періоді, є застосування публічними службовцями

у певній сфері функціонування публічної адміністрації передусім спеціального законодавства, а точніше – деталізуючих та конкретизуючих його приписи інструкцій, схвалених на рівні відповідного міністерства.

Підсумовуючи, наважимося стверджувати, що вивчення досвіду держав, що належать до романо-германської правової системи і, передусім, Східної та Південно-Східної Європи у частині правового регулювання адміністративної процедури, а також його імплементації повинно стати визначальним фактором для українського законодавця, адже соціально-культурні передумови такої імплементації є подібними.

ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРАВА ЗАПИТУ НА ІНФОРМАЦІЮ ТА ПРАВА НА ЗВЕРНЕННЯ ГРОМАДЯН

Янюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На практиці виникає проблема розмежування права запиту на інформацію та права на звернення. Мова йде про особливі види прав, через які забезпечуються реалізація інших прав громадян. Переважно право на звернення громадян розглядається в контексті адміністративної процедури, зокрема значну увагу цьому приділяє В.П. Тимошук у своїх працях «Адміністративна процедура та адміністративна послуга. Зарубіжний досвід і пропозиції для України» та монографії «Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії». Термін «право запиту на інформацію» з'явився відносно недавно і пов'язаний з реалізацією права на доступ до публічної інформації, що стали предметом глибокого дослідження у праці М.С. Демкової і М. В. Фігель «Доступ до публічної інформації та електронне урядування», та О. В. Нестеренко у монографії «Інформація в Україні: право на доступ». На окремих проблемних питаннях, які виникають у судовій практиці наголошено у Постанові Пленуму Вищого адміністративного суду України від 30 вересня 2013 р. «Про практику застосування адміністративними судами положень Закону України від 13 січня 2011 р. «Про доступ до публічної інформації» [1].

Оскільки реалізація права запиту на інформацію і права на звернення громадян, переважно, пов'язана з діяльністю органів публічної влади, то і далі залишається необхідність у визначенні додаткових критеріїв для їх розмежування.

Право на інформацію і право на звернення громадян належать до основних прав людини. У ст. 32 Конституції України закріплено право на інформацію і визначено обмеження діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування щодо збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації. Згідно із частиною третьою цієї статті кожен громадянин має

право знайомитися в органах публічної влади з відомостями про себе. Виняток становить лише державна або інша захищена законом таємниця.

Питання щодо інформації тривалий час регулювалося Законом України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. Лише 13 січня 2011 року було прийнято нову редакцію цього Закону й одночасно було прийнято довгоочікуваний Закон України «Про доступ до публічної інформації» [2]. Згідно із визначенням, яке містить ст. 1 цього Закону: «Публічна інформація – це відображена та задокументована будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформація, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації, визначених цим законом».

Категорія «публічна інформація» охоплює велику кількість інформації, яка знаходиться у володінні суб'єктів публічної влади. Отримання такої інформації, як правило, дозволяє особі вирішити певні правові ситуації. Після оновлення інформаційного законодавства, громадяни почали активно реалізовувати своє право на доступ до публічної інформації. Одним із способів отримання такої інформації є подання запиту на інформацію. Попри те, що законодавець визначив вимоги щодо оформлення такого запиту, практика показала, що виникають окремі проблеми у розмежуванні прав запиту на інформацію від інших звернень до органів публічної влади.

Право на звернення громадян закріплене у ст. 40 Конституції України, відповідно до якого усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів. Закон України «Про звернення громадян» [3] став продовженням конституційного положення. Звернення громадян можуть стосуватися різних сфер та напрямів діяльності, але, як правило, вони мають єдину мету – звернути увагу відповідних органів публічної влади і їх посадових осіб на необхідність розв'язання конкретної проблеми, яка у тій чи іншій мірі стосується інтересів особи, яка звертається. Подання звернення може бути початком різних видів адміністративних процедур, зокрема, які стосуються: 1) виконання обов'язків органами публічної влади; 2) сприяння у реалізації окремих суб'єктивних прав; 3) отримання додаткового суб'єктивного права, яке особа може мати згідно із законодавством; 4) поновлення і захисту порушених суб'єктивних прав.

У ст. 3 Закон України «Про звернення громадян» названо три види звернень громадян: пропозицію (зауваження), заяву (клопотання) і скаргу. Разом з тим законодавець визначив деякі вимоги щодо оформлення відповідних видів звернень, їх форму, порядок і строки їх розгляду.

Оскільки реалізація права на доступ до публічної інформації і права на звернення громадян, переважно, пов'язані з діяльністю органів публічної влади, то на практиці виникають помилки у використанні відповідного законодавства. Частіше за все такі питання зустрічаються в судовій практиці. Наприклад, Львівським окружним адміністративним судом було розглянуто позов ОСОБИ_1 до

Галицького районного суду м.Львова, у якому позивач просить визнати неправною бездіяльність відповідача, пов'язану із ненаданням відповіді та інформації на запит від 04.02.2014р. У ході розгляду справи Львівським окружним адміністративним судом було встановлено, що 04.02.2014 р. ОСОБ_1 звернулась до Галицького районного суду м. Львова із запитом про надання інформації та документів щодо розгляду судом протоколу Львівської митниці Міндоходів від 21.05.2013 р. про порушення митних правил ОСОБА_2. Суд взяв до уваги, що відповідно до ч.2 ст.2 Закону України «Про доступ до публічної інформації» цей Закон не поширюється на відносини щодо отримання інформації суб'єктами владних повноважень при здійсненні ними своїх функцій, а також на відносин у сфері звернень громадян, які регулюються спеціальним законом. Суд під час здійснення судочинства не виконує владні управлінські функції, а тому з точки зору Закону України «Про доступ до публічної інформації» не є суб'єктом владних повноважень, документи, які створюються під час здійснення судочинства, не є публічною інформацією. У задоволенні позову було відмовлено [4].

Іноді помилково громадяни звертаються із запитом на інформацію до установ/закладів. Такі приклади мають місце й у Львівському національному університеті ім. Івана Франка. Університет надає освітні послуги і не є суб'єктом владних повноважень, а також не здійснює делегованих повноважень суб'єктів владних повноважень. ЛНУ ім. Івана Франка є юридичною особою, яка фінансується з державного бюджету, а тому згідно із пунктом другим частини першої ст. 13 Закону України «Про доступ до публічної інформації», може бути розпорядником інформації лише стосовно інформації щодо використання бюджетних коштів. Згідно з частиною третьою цієї статті на розпорядників інформації вимоги Закону поширюються лише в частині оприлюднення та надання відповідної інформації за запитом.

Відтак, слід провести розмежування права на звернення громадянина (шляхом подання пропозиції (зауваження), заяви (клопотання), скарги) від запиту на інформацію, який подається згідно із Законом «Про доступ до публічної інформації». Видається, що основними критеріями для розмежування, мають бути: суб'єкт запити/звернення; суб'єкт розгляду; предмет запити/звернення; строки розгляду; оформлення результатів розгляду. Спосіб захисту порушення процедури розгляду запити на інформацію чи звернення громадян не можуть бути підставою для розмежування, так як в обох випадках законодавчо передбачено можливість як адміністративного, так і судового оскарження – ст. 23 Закону України «Про доступ до публічної інформації» і ст. 17 Закону України «Про звернення громадян» відповідно.

Критерії розмежування	Закон «Про доступ до публічної інформації»	Закон «Про звернення громадян»
Суб'єкти запити/звернення	Ст.12. запитувачі інформації: фізичні, юридичні особи, об'єднання громадян без статусу	Ст.1. 1) громадяни України; 2) військовослужбовці, працівники органів внутрішніх справ і держав-

	юридичної особи, крім суб'єктів владних повноважень	ної безпеки з питань, які не стосуються їх службової діяльності; 3) особи, які не є громадянами України і законно знаходяться на її території, якщо інше не передбачено міжнародними договорами
Суб'єкти розгляду	Ст.13. розпорядники інформації: 1) суб'єкти владних повноважень; 2) юридичні особи, що фінансуються з державного, місцевих бюджетів, бюджету АРК, - стосовно інформації щодо використання бюджетних коштів; 3) особи, якщо вони виконують делеговані повноваження суб'єктів владних повноважень згідно із законом чи договором, включаючи надання освітніх, оздоровчих, соціальних або інших державних послуг, - стосовно інформації, пов'язаної з виконанням їхніх обов'язків; 4) суб'єкти господарювання, які займають домінуюче становище на ринку або наділені спеціальними чи виключними правами, або є природними монополіями, - стосовно інформації щодо умов постачання товарів, послуг та цін на них.	Ст.1 органи державної влади, місцевого самоврядування, об'єднання громадян, підприємства, установи, організації незалежно від форм власності, засоби масової інформації, посадові особи відповідно до їх функціональних обов'язків.
Предмет запити/ звернення	Ст.1. відображена та задокументована будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформація, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації, визначених цим Законом.	Ст.1.питання має знаходитись в межах функціональних обов'язків чи статутної діяльності. Ст.4. Предметом оскарження можуть бути: рішення, дії (бездіяльність), внаслідок яких: 1) порушено права і законні інтереси чи свободи громадянина (групи громадян); 2) створено перешкоди для здійснення громадянином його прав і законних інтересів чи свобод; 3) незаконно покладено на громадянина які-небудь обов'язки або його незаконно притягнуто до відповідальності.
Строки розгляду	Ст. 20. Розпорядник інформації має надати відповідь на запит на інформацію не пізніше 5 робочих днів з дня отримання запиту. В окремих випадках, якщо запит на інформацію стосу-	Ст.20. Звернення розглядаються і вирішуються у термін не більше одного місяця від дня їх надходження, які не потребують додаткового вивчення, – невідкладно, але не пізніше 15 днів від дня їх отримання.

	<p>ється інформації, необхідної для захисту життя чи свободи особи, щодо стану довкілля, якості харчових продуктів і предметів побуту, аварій, катастроф, небезпечних природних явищ та інших надзвичайних подій, що сталися або можуть статись і загрожують безпеці громадян, відповідь має бути надана не пізніше 48 годин з дня отримання запиту.</p> <p>У разі якщо запит стосується надання великого обсягу інформації або потребує пошуку інформації серед значної кількості даних, розпорядник інформації може продовжити строк розгляду запиту до 20 робочих днів з обґрунтуванням такого продовження. Про продовження строку розпорядник інформації повідомляє запитувача в письмовій формі не пізніше 5 робочих днів з дня отримання запиту.</p>	<p>Якщо в місячний термін вирішити порушені у зверненні питання неможливо, керівник відповідного органу, підприємства, установи, організації або його заступник встановлюють необхідний термін для його розгляду, про що повідомляється особі, яка подала звернення. При цьому загальний термін вирішення питань, порушених у зверненні, не може перевищувати 45 днів.</p>
Плата за розгляд	Ст.21. Звернення розглядаються без стягнення плати	<p>Ст.21. Інформація на запит надається безкоштовно.</p> <p>У разі якщо задоволення запиту на інформацію передбачає виготовлення копій документів обсягом більш як 10 сторінок, запитувач зобов'язаний відшкодувати фактичні витрати на копіювання та друк.</p>
Результати розгляду	Як правило, приймається адміністративний акт, який безпосередньо породжує, змінює чи припиняє права і обов'язки заявника (скаржника).	За результатами розгляд запиту на інформацію адміністративний акт не приймається.

Вищий адміністративний суд України особливу увагу звертає на необхідність встановлення предмету позову і відповідача у справах, що стосуються спорів, які виникають на підставі Закону України «Про доступ до публічної інформації». У Довідці про вивчення та узагальнення практики застосування адміністративними судами України положень Закону України від 13 січня 2011 р. «Про доступ до публічної інформації» зазначено, що суди повинні відмовляти в задоволенні позову, який пред'явлено з вимогою щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації щодо її ненадання, якщо під час судового розгляду буде встановлено, що позивач зажадав інформацію відповідно до законів України «Про інформацію», «Про звернення громадян»

тощо. Визначальним для публічної інформації є те, що вона була заздалегідь готовим, зафіксованим продуктом, отриманим або створеним лише суб'єктів владних повноважень у процесі виконання своїх обов'язків. Несуб'єкти владних повноважень можуть бути тільки розпорядниками такої інформації. Вищий адміністративний суд України також звертає увагу, що згідно із Законом «Про звернення громадян» особа є суб'єктом, яка інформує, а згідно із Законом «Про доступ до публічної інформації» - суб'єктом, якого інформують [1].

Слушною є позиція науковців про те, що Закон України «Про доступ до публічної інформації» регулює відносини щодо доступу до інформації, яка вже існує, і не вимагає у відповідь на запит створювати певну інформацію [5]. Слід також врахувати, що при розгляді звернення громадянина орган має розпочати відповідну процедуру і на основі інформації, яка міститься у зверненні, створити нову інформацію, оформивши її у відповідному рішенні згідно із чинним законодавством. Хоча, безумовно, законодавство потребує певних змін, зокрема щодо уточнення розуміння поняття «публічна інформація», «суб'єкт владних повноважень», а також в значній мірі посприяти проблемі розмежування цих прав має прийняття адміністративного процесуального законодавства.

1. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про практику застосування адміністративними судами положень Закону України від 13 січня 2011 року № 2939-VI «Про доступ до публічної інформації»» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.vasu.gov.ua/plenum/post_plenum/

2. Закон України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. - №32, ст.314. (зі змінами)

3. Закон України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 р. //Урядовий кур'єр. – 17 жовтня 1996р. (зі змінами)

4. Постанова Львівського окружного адміністративного суду. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39456713>

5. Науково-практичний коментар: Закон України «Про доступ до публічної інформації»/авт. кол.: Р. Головенко, О. Нестеренко[та ін.]; за ред. Д. Котляра. – К.: ГО «Фундація «Центр суспільних медіа», – 2012. – С. 43.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛГІЇ

НЕПРАВОМІРНА ВИГОДА: ПРЕДМЕТ ЧИ ЗАСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ?

Антонюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У науково-практичних коментарях до Кримінального кодексу України, у підручниках з кримінального права зазвичай неправомірну вигоду називають предметом одержання, надання неправомірної вигоди чи інших діянь, які, на нашу думку, можна об'єднати збірним терміном «підкуп». Водночас не варто оминати увагою низку наукових позицій, які висвітлюють інший підхід до визначення місця неправомірної вигоди у складах відповідних злочинів. Йдеться про те, що у науковій літературі питання про віднесення неправомірної вигоди до предмета злочину не можна назвати абсолютно вирішеним, оскільки в низці праць вчені вважають за доцільне визнавати неправомірну вигоду засобом чи навіть знаряддям вчинення злочину (А. К. Квіцинія, М. Й. Коржанський, Д. Г. Михайленко). З огляду на неоднаковість розуміння місця неправомірної вигоди серед ознак складу злочинів, що полягають у одержанні, наданні, обіцянні, пропонуванні неправомірної вигоди, вважаємо за доцільне більш детально зупинитися на означеній проблемі.

Зупинимося на загальнотеоретичних положеннях, що напрацьовані доктриною кримінального права щодо означених проблем. Загальновідомо, що предмет злочину прийнято відрізнити і відмежовувати від засобів і знарядь вчинення злочину, які характеризують об'єктивну сторону злочину. Нагадаємо, що знаряддя злочину – це предмети, використовуючи які особа здійснює фізичний (як правило, руйнівний) вплив на матеріальні об'єкти. Знаряддями злочину є предмети, документи, речовини, за допомогою яких здійснюється вплив на потерпілого чи предмет злочину.

Знаряддя вчинення злочину «єдині із дією», у ході якої вони використовуються. Без знарядь відповідна дія або взагалі не була би вчинена, або ж би мала інший характер. Так, чітко ілюструє сказане приклад, про удар рукою і удар рукою, в якій є ніж. Знаряддя ніби продовжує фізичну дію. В цьому контексті варто згадати науковий поділ злочинних дій за способом їх вчинення, запропонований Я. Мочкошом. Злочинні дії пропонується ділити на дві форми: безпосередня дія, що вчинена фізичним чи психічним впливом винної особи на предмет злочину; дія, вчинена із застосуванням допоміжних засобів.

На нашу думку, у ході передання неправомірної вигоди використано звичайну фізичну дію, яка полягає у переданні такої неправомірної вигоди. Сама неправомірна вигода жодним чином не трансформує таке діяння і не впливає

на його вчинення. Конкретна цінність, яка передається як неправомірна вигода (гроші, зброя, наркотичні засоби тощо) не змінює змісту самого діяння, яке полягає у її одержанні, наданні тощо. Нагадаємо, що зазвичай знаряддя мають так званий руйнівний вплив. Очевидно, що неправомірна вигода такою ознакою не наділена. Хоча все ж основне, що свідчить про те, що неправомірна вигода не є знаряддям вчинення злочину – відсутність впливу такої неправомірної вигоди на вчинюване суспільно небезпечне діяння.

Не можна, на нашу думку, визнавати неправомірну вигоду й засобом вчинення підкупу. Наведемо аргументи на підтвердження цієї позиції. Засобом вчинення злочину є предмети матеріального характеру (зброя, інструменти, транспорт, різні прилади, технічне обладнання, фіктивні документи тощо), що використовуються при вчиненні суспільно небезпечного діяння. Загальновизнано, що застосування певних засобів вчинення злочину полегшує його вчинення.

Водночас нагадаємо, що предметом злочину вважаються ті цінності, через вплив на які спричинюється шкода об'єкту злочину та з приводу яких вчинюється злочин. О. М. Трайнін писав, що предмет злочину – це ті речі, у зв'язку з якими або з приводу яких вчиняється злочин.

Є. А. Фролов в основу розмежування предмета злочину із знаряддями й засобами вчинення злочину поклав такі засади:

розмежування повинно проводитися за характером використання речей та інших матеріальних предметів у процесі вчинення злочину;

якщо таке використання має «активний» характер, якщо предмет використовується як засіб впливу на об'єкт, подовжуючий або посилюючий руки людини, то перед нами знаряддя чи засоби вчинення злочину;

якщо річ відіграє «пасивну» роль, якщо над нею вчиняються дії, вона так чи інакше піддається впливу (знищується, вилучається, змінюється тощо), то ця річ повинна визнаватися предметом злочину.

Якщо використати запропонований Є. А. Фроловим підхід, варто зауважити, що неправомірна вигода в ході підкупу відіграє пасивну роль. Вона просто передається. Жодного впливу на зміст діяння вона не чинить. Шкода об'єкту злочину спричинюється не грішми чи іншими цінностями, які передаються як неправомірна вигода, а самою поведінкою винного. Якщо у крадіжці шкода об'єкту спричинюється не предметом – чужим майном, а тим, що таке майно протиправно вилучається, то у підкупі шкода об'єкту спричинюється не неправомірною вигодою як такою, а тим, що винний її протиправно передає, одержує тощо.

Є. В. Лашук справедливо зауважує, що властивості предмета, як правило, передбачається використовувати у більш-менш віддаленому майбутньому, а властивості засобів (знарядь) завжди використовуються злочинцем безпосередньо при вчиненні злочину. Адже, саме через те, що засоби мають певні властивості, які будуть потрібні злочинцю, він їх і задіює. Так, злодій використовує відмічку, оскільки та пришвидшить потрапляння у житло; шахрай використовує підроблений документ, оскільки він дозволить ввести потерпілого в оману тощо. Жодні властивості цінностей, які передаються як неправомірна вигода злочинцем не використовуються у ході підкупу.

Ще однією ознакою, яка вказує на те, що неправомірна вигода є предметом, а не засобом вчинення злочину є те, що засіб злочинцем чітко підбирається для того, щоб допомогти у ході вчинення злочинного діяння. Тобто засобом може бути не будь яка річ, а лише визначена конкретними «корисними для злочинця» ознаками. Предметом ж неправомірної вигоди може бути будь-яка цінність, як от гроші, речі, зброя тощо. Ні властивості грошей, ні властивості зброї, яка передається як неправомірна вигода, у ході вчинення підкупу не використовуються.

Вважаємо, що одержання неправомірної вигоди вчинюється саме через таку вигоду, через бажання нею завладіти. Саме неправомірна вигода є тим предметом, через який винний вчинює злочин. Надання і одержання неправомірної вигоди перебувають у зв'язку так званої необхідної співучасті. Тому, на нашу думку, неправомірна вигода є предметом не лише одержання, а й надання неправомірної вигоди. Неправомірна вигода жодним чином не змінює самого вчинюваного діяння (чи то надання, чи то одержання). Вона є «пасивною» у ході вчинення злочину.

Якщо неправомірна вигода передається через кількох посередників, то навряд чи надавач передає першому посереднику, а той наступному і т.д. засіб вчинення злочину. Видається, що передається саме предмет вчинення злочину, тобто ті цінності, через які і вчинюється злочин.

Якщо визнавати неправомірну вигоду засобом вчинення підкупу, то, слідуючи такій ж логіці слід було б аналогічно вирішувати питання про місце серед інших ознак складу злочину і вогнепальної зброї у разі вчинення такого альтернативного діяння, передбаченого у ст. 263 КК України, як передача вогнепальної зброї. Однак у наведеному прикладі очевидно, що вогнепальна зброя є предметом, а не знаряддям чи засобом вчинення злочину, передбаченого ст. 263 КК України.

Виходячи із викладеного вважаємо, що неправомірну вигоду варто визнавати саме предметом підкупу, а не знаряддям чи засобом вчинення відповідних злочинів. Такий предмет злочину як неправомірна вигода підлягає спеціальній конфіскації у відповідності із положеннями ст. 96-1 та 96-2 КК України.

МОМЕНТ ЗАКІНЧЕННЯ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 154 «ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК» КК УКРАЇНИ

Брух Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Момент закінчення злочинів має важливе значення як для теорії кримінального права, так і для практики. Його правильне встановлення пов'язується з вірною оцінкою вчиненого діяння, а також із вирішенням ряду інших криміна-

льно-правових питань, а тому дослідження проблем, пов'язаних із задекларованою тематикою, завжди залишається актуальним.

Вирішення питань про момент закінчення примушування до вступу в статевий зв'язок, на думку Д.О. Гніліцької, «... як правило, не викликає дискусій»; аналогічне враження може скластися на основі аналізу сучасних підручників з кримінального права та науково-практичних коментарів де момент закінчення цього злочину часто пов'язують з моментом «... примушування чоловіка або жінки до вступу у статевий зв'язок природним або неприродним способом», «... факту примушування, незалежно від того, погодилася потерпіла під цим тиском на статевий зв'язок чи ні, мав він місце чи ні» чи «... фактичного примусу, незалежно від того, чи погодилася потерпіла особа під цим тиском на статеві зносини чи ні, і чи мало воно місце, чи ні».

Хоча, таке враження оманливе: наведені формулювання, попри їх змістову близькість, лише констатують загальновідомі факти і, скоріше, формують проблему, а не вирішують останню. Їх основна функція полягає у доведенні до відома читача тієї обставини, що момент закінчення передбачених ст. 154 КК України злочинів не слід пов'язувати зі згодою потерпілого або ж наступним природним чи неприродним статевим зв'язком.

У той же час, найбільш важливі питання, які пов'язані із вирішенням цього ряду ключових проблем, продовжують залишатися відкритими. Зокрема: чи однаковим є момент закінчення для усіх випадків вчинення цього злочину? Яке значення для визнання досліджуваного злочину закінченим має факт сприйняття примусу потерпілою особою? Чи пов'язаний момент закінчення злочину з фактичним вступом в статевий зв'язок?

Відносно поставлених питань серед науковців відсутня єдність поглядів, а підходи переважної більшості з них обумовлені ускладненим симбіозом діяння та способів його вчинення. Це, в свою чергу, наклало свій відбиток на доктринальних формулюваннях моменту закінчення злочинів, передбачених ст. 154 КК України, а також відповідними статтями КК Російської Федерації та колишніх республік СРСР.

Наприклад, Д. О. Гніліцька моментом закінчення примушування до дій сексуального характеру визнає «... момент, коли особа пред'явила вимогу вступити у статеві зносини з потерпілим і підкріпила цю вимогу висловленням відповідної погрози ...». Пропонований підхід викликає ряд зауважень. По-перше, момент пред'явлення відповідної вимоги та момент її підкріплення на практиці можуть і не співпадати: не виключені випадки, коли особа спочатку настирливо пропонує вступити у статевий зв'язок і лише потім погрожує. Чесно кажучи, складно навіть собі уявити ситуацію, коли ці моменти співпадають – між ними завжди повинен бути хоча б мінімальний період часу, а тому пропозиція авторки у цій частині павозастосувачу нічого не дає. По-друге, з цитованого формулювання напрошується висновок про те, що спочатку повинна пред'являтися вимога, а лише потім вимога має підкріплюватися відповідними погрозами. Знову ж таки, описана послідовність має місце далеко не завжди, адже у ряді випадків все може відбуватися абсолютно навпаки: наприклад, з метою створення необхідного підґрунтя керівник спочатку погрожує невиплатою заробітної плати і лише після цього ставить від-

повідну вимогу. І, по-третє, підкріплення відповідної вимоги може відбуватися не лише шляхом «висловлювання» погрози, як пише Д. О. Гнілицька, але й вчиненням цілого ряду інших діянь.

Більш досконалою в цьому плані є точка зору О.В. Дидо, який примушування до дій сексуального характеру визнає закінченим «... з моменту примушування, тобто застосування погроз або фактичного вчинення відповідних дій, які погіршують становище потерпілої, поєднаних з вимогою вчинити дії сексуального характеру». Аналогічну позицію займав О. М. Ігнатів.

Однак, і така позиція не є безспірною: погоджуючись із автором у тому, що об'єктивні ознаки складу примушування до вступу в статевий зв'язок можуть утворювати не лише, умовно кажучи, «вимога із погрозою», але й «вимога із конкретними діями», відзначимо: у контексті встановлення моменту закінчення злочину мова повинна йти не про «вчинення відповідних дій, які погіршують становище потерпілої», а про вчинення дій, спрямованих на погіршення такого становища потерпілої не залежно від того, чи таке становище фактично погіршилось.

У проаналізованій нами науковій літературі питання про сприйняття потерпілим відповідних вимог чи погроз, як необхідну умову визнання закінченим примушування до вступу в статевий зв'язок, спеціально не ставилось. Разом з тим, формулювання моменту закінчення цього злочину більшістю вчених, хоча і опосередковано, проте дозволяють дійти саме такого висновку. Наприклад, О. О. Дудоров та Я. М. Яковлев прямо пов'язують момент закінчення досліджуваного злочину із впливом на «волю потерпілої» у відповідних формах, а С. Д. Ценгел – із початком «... здійснення впливу на волю потерпілої особи, незалежно від того, чи погодилась потерпіла особа на статевий зв'язок чи вчинення інших сексуальних дій»; вплив на волю особи, якій невідомо з тих чи інших причин про вимогу чи погрозу певного змісту, очевидно, не відбувається.

Цей підхід, в цілому, є прийнятним для використання і повністю відповідає суті та природі кримінально-правового поняття «примушування». Останнє передбачає тісну взаємодію двох суб'єктів: з одного боку, того, хто примушує (умовно кажучи, «примушувача»), а з іншого – того, кого примушують (так би мовити, «примушуваного»); лише наявність обох цих осіб дозволяє одній із них вчинити злочин і перетворитись у суб'єкта злочину, а іншій – сприйняти такий вплив і перетворитись на потерпілого від злочину. Саме тому в разі відсутності двосторонньої взаємодії, у тому числі, при несприйнятті потерпілим інформації (відповідного змісту погрози чи вимоги), примушування, у кримінально-правовому сенсі, не може вважатися завершеним, таким, що відбулося.

Наведені вище міркування дозволяють обґрунтувати диференційовану позицію щодо моменту закінчення примушування до вступу в статевий зв'язок в залежності від таких ситуацій:

1) у випадку пред'явлення вимоги про вступ у статевий зв'язок, яка в подальшому супроводжувалася погрозами вчинення суб'єктом діянь з використанням матеріальної чи службової залежності, знищенням, пошкодженням чи вилученням майна або розголошення відповідних відомостей, – з моменту сприйняття цих погроз потерпілим;

2) у випадку погроз вчинення суб'єктом діянь з використанням матеріальної чи службової залежності, знищенням, пошкодженням чи вилученням майна або розголошення відповідних відомостей, які в подальшому супроводжувалися пред'явленням вимоги про вступ у статевий зв'язок, – з моменту сприйняття цієї вимоги потерпілим;

3) у випадку пред'явлення вимоги про вступ у статевий зв'язок, яка в подальшому супроводжувалася діяннями з використанням матеріальної чи службової залежності, спрямованими на погіршення становища потерпілого, – з моменту вчинення таких діянь;

4) у випадку вчинення діянь з використанням матеріальної чи службової залежності, спрямованих на погіршення становища потерпілого, які в подальшому супроводжувалися пред'явленням вимоги про вступ у статевий зв'язок, – з моменту сприйняття такої вимоги потерпілим.

Відзначимо, що О. О. Жижиленко свого часу займав кардинально протилежну точку зору щодо моменту закінчення примушування до вступу в статевий зв'язок. Попри аналогічну конструкцію відповідної статті у КК РРФСР 1926 р., вчений наполягав: «Закінчене дане діяння стає з моменту вступу у статеві зносини, як це передбачається у всіх випадках любодіяння. Замах мислимий як спроба вчинення статевого акта за допомогою зловживання залежним становищем жінки, яка не вдалася з тих чи інших причин»; серед сучасних вчених таку ж точку зору підтримує Г. Л. Кригер.

Звісно ж, такий підхід не відповідає «букві закону», адже у ст. 154 КК України момент закінчення злочину не пов'язується із самим фактом статевого зв'язку. О.О. Жижиленко, скоріш за все, видав бажане за дійсне, намагаючись шляхом використання допустимої на той час аналогії усунути очевидний системний недолік кримінального закону, пов'язаний із порушенням основних засад конструювання складів злочинів.

Як правильно наголошується у літературі, «За допомогою юридичних конструкцій (пов'язаних з моментом закінчення злочину) можна посилювати або послаблювати відповідальність, робити більш жорсткою або пом'якшувати репресивний потенціал норми без зміни її санкцій». Н. Ф. Кузнецова з цього приводу абсолютно справедливо резюмувала: «... невизнання обов'язковим елементом складу злочину суспільно небезпечних наслідків неминуче призводить до розширення і посилення кримінальної відповідальності», «... перенесення моменту закінчення злочину на вчинення самих дій без настання шкідливих наслідків обмежує право особи на добровільну відмову і тим самим посилює кримінальну відповідальність».

З цих позицій, абсолютно незрозумілим є підхід законодавця щодо конструювання складів злочинів, передбачених, з одного боку, ст. 154 КК України, а з іншого – ст. 152 та ст. 153 КК України. Адже примушування до вступу в статевий зв'язок визнається закінченим незалежно від того, чи заподіяна істотна шкода статевої свободі як об'єкту кримінально-правової охорони, тоді як згвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом є закінченим лише з моменту завдання такої шкоди. Хоча очевидно, що більш небезпечним є посягання, у ході якого для досягнення злочинного результату (статевого зв'язку природним чи

неприродним способом) винний застосовує фізичне насильство або погрожує його застосуванням; і, навпаки, якщо для досягнення зазначеного результату використовується матеріальна або службова залежність, погрози знищити, пошкодити або вилучити майно, розголосити певні відомості, то це, за загальним правилом, заподіює меншої шкоди, знижує небезпеку скоєного.

Теоретично допустимі два варіанти вирішення виявленого недоліку.

Перший із них полягає у збалансуванні моменту закінчення злочинів, передбачених ст. 154 та ст. 153, ст. 153 КК України, для чого необхідно сформулювати всі зазначені склади або як усічені (де момент закінчення пов'язувався б із створенням загрози заподіяння істотної шкоди статевій свободі), або як формальні (де момент закінчення пов'язувався б із реальним вчиненням суспільно небезпечного діяння).

Другий варіант допускає внесення «дзеркальних» змін у конструкції аналізованих складів злочинів, за яких примушування до вступу в статевий зв'язок визнавалося б формальним складом (було б закінченим з моменту початку природного чи неприродного статевого акта), а згвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом – усіченим (були б закінченими з моменту застосування до потерпілого відповідного впливу).

Видається, що більш досконалим є перший із запропонованих варіантів. Вважаємо за необхідне привести у відповідність момент закінчення злочинів, передбачених ст. 154, 152 та 153 КК України, шляхом конструювання єдиного (беручи до уваги зроблену вище пропозицію) складу примушування до вступу в статевий зв'язок як формального. Виходячи із зазначеного, подальше використання як і в назві статті, так і в диспозиції статті терміна «примушування» буде недоречним, адже відповідальність наставатиме за вступ у статевий зв'язок шляхом застосування передбачених ст. 154 КК України способів. Дії ж винного, спрямовані на вступ з потерпілою особою в статевий зв'язок, якщо такий не відбувся, розцінюватимуться як попередня злочинна діяльність. За такого підходу і з тих самих причин відпаде необхідність у диференціації кримінальної відповідальності за примушування до вступу в статевий зв'язок з урахуванням так званого «статевого проникнення» (як це має місце в КК Узбекистану).

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сьогодні доводиться констатувати надзвичайно високу динаміку розвитку кримінального законодавства. Це зумовлено цілою низкою чинників і, на жаль, не тільки правового характеру, тобто тими, які об'єктивно зумовлюють необхідність прийняття нових або внесення змін чи доповнень у вже існуючі

кримінально-правові норми. Така ситуація пояснюється прискоренням євроінтеграційних процесів, а, отже, необхідністю якнайскорішого приведення національного кримінального законодавства у відповідність до міжнародних європейських стандартів. Щоправда, іноді створюється враження, що законодавець готовий закривши очі голосувати за будь-які зміни тільки щоб довести свою проєвропейську позицію, не беручи до уваги, що окремі зміни, які ним вносяться до КК України для того, щоб догодити європейським партнерам, м'яко кажучи не тільки не носять системного характеру, але й не узгоджуються з особливостями національного правового регулювання і кримінально-правової охорони, а подеколи прямо суперечать їм. Можливо депутати думають, що під час голосування за такого роду законопроекти, вони перебувають у стані крайньої необхідності, коли заподіяння шкоди власній правовій системі (окремим її галузям) можна виправдати «світлим європейським майбутнім». Проте думаю, що євроінтеграція не передбачає руйнацію власної правової системи та національних правових традицій, а тим більше прямого запозичення зарубіжних кримінально-правових норм, яке часом нагадує «мавпування».

Додали динаміку в законодавство і революційні процеси, які відбувалися у нашій державі в кінці 2013 р. і на початку 2014 р. Так, зокрема, протягом 2014 року КК України мінявся у середньому майже два рази на місяць. Ну і нарешті як тут не згадати причину всіх негараздів – невидиму і всепронизуючу корупцію. Пересічним громадянам вже настільки «вбили» в голову думку про те, що це саме вони, «прокляті корупціонери», винні у всіх бідах – починаючи від проблем із затримкою заробітних плат, підняттям тарифів на житлово-комунальні послуги і закінчуючи глобальним потеплінням, що люди готові лінчувати корупціонерів, щоправда, поки що обмежуючись жбурлянням їх у сміттєві баки і малюками на їхніх товстих пиках зеленкою. Що ж тоді говорити про якісь зміни до кримінального законодавства, які до того ж мають таку гарну ідею – знищити корупцію як бур'ян. Під такими гаслами можна було би заборонити збиратися утрюх і це нормально би сприймалося на широкий загал. Можливо, хтось осудить мене за надмірну іронію і нагадає фразу Городничого з відомої п'єси М. В. Гоголя «Ревізор»: «Над ким смієтесь? Над собою смієтесь!» Що ж не буду цього заперечувати. Проте, думаю, що саме іронія і скептицизм на даний момент дозволить реально оцінити ті зміни, які на сьогодні відбуваються у вітчизняному кримінальному законодавстві.

Новелою нового кримінального процесуального законодавства є розділ VI КПК України, в якому регламентується особливий порядок кримінального провадження, зокрема, провадження на підставі угод. В ст. 468 вказується, що у кримінальному провадженні можуть бути укладені такі види угод: 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості. Вказані положення процесуального законодавства суттєво впливають на інститути матеріального кримінального права. Відповідно до ст. 471 КПК України, в якій регламентується зміст угоди про примирення, винний може домовитися про вид та розмір покарання, а також про звільнення від відбування покарання з випро-

буванням. Разом з тим, відповідно до ст.ст. 65, 75, 79 КК України питання призначення покарання, а також звільнення від відбування покарання з випробуванням належать до інститутів матеріального кримінального права. Отже, і підстави їх застосування повинні регламентуватися нормами КК України. Водночас, відповідно до ст. 471 КПК України фактично передбачено можливість застосування вказаних інститутів за домовленістю з винним. З приводу цього одразу виникає кілька запитань. Чи може суд призначити винному покарання на підставі угоди не враховуючи при цьому загальні засади призначення покарання? Чи може суд застосувати звільнення від відбування покарання, коли відсутні підстави, передбачені в ст. 75 КК України?

Очевидно, що існування відповідних процесуальних положень дає підстави стверджувати, що і призначення покарання, і вирішення питання про звільнення від відбування покарання з випробуванням, може відбуватися без урахування вимог матеріального кримінального законодавства. Адже в іншому випадку втрачається значення самої угоди – просто не було би про що домовлятися. Проте такого роду угоди фактично нівелюють значення загальних засад призначення покарання та інших матеріальних підстав застосування відповідних кримінально-правових інститутів. Більше того, можна однозначно стверджувати, що інтереси винного завжди будуть перебувати в перманентному конфлікті з відповідними положеннями матеріального кримінального законодавства і його вимоги до угоди про примирення завжди будуть вимагати порушення відповідних положень КК України.

Якщо угода про примирення не є чимось абсолютно новим для кримінального процесуального законодавства, то угода про визнання винуватості є справжньою новелою нового КПК України. Як будуть реалізовуватися ці положення на практиці до кінця поки що не відомо, проте з реалізацією цього виду угоди також можна пов'язувати деформацію певних усталених положень матеріального кримінального права. Адже відповідно до ч. 1 ст. 472 КПК України в змісті угоди про визнання винуватості також зазначається узгоджене покарання та згода підозрюваного, обвинуваченого на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням.

У зв'язку з розглядуваною мною проблемою протидії кримінальній корупції виникає питання про те, а чи можна домовлятися з корупціонерами в межах названих процесуальних угод? На перший погляд, сама постановка питання може видатися цинічною. Адже до «внутрішніх зрадників» державної системи не може бути ні жалю, ні прощення. Разом з тим, формальних перепон щодо укладання угод з особами, які вчинили корупційні злочини, немає. Щоправда, певні застереження з цього приводу висловив Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Так, зокрема, в «Узагальненні судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод», яке було здійснене Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ, вказується, що у кримінальних правопорушеннях, де основним безпосереднім об'єктом виступають публічні інтереси (зокрема немайнові), а спричинена конкретним фізичним чи юридичним особам шкода є лише

проявом посягання на основний об'єкт, укладення угоди про примирення не допускається. Таким чином, касаційна інстанція висловила своє бачення цієї проблеми і по суті заборонила судам затверджувати угоди про примирення у справах про так звані корупційні злочини.

Разом з тим, можливість укладення і наступного затвердження судом угоди про визнання винуватості у справах про корупційні злочини не тільки формально не заперечується, а, навпаки, прямо дозволяється. При цьому укладення такої угоди є можливим навіть у випадку вчинення особливо тяжких злочинів, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України. З одного боку, можливість укладення угоди про визнання винуватості є не тільки проявом гуманізму, але й суттєво полегшує процес розслідування кримінальних справ, прискорює процедуру направлення справи до суду і врешті-решт оптимізує сам судовий розгляд, який у таких випадках має спрощений характер. Проте, з другого боку, законодавець увесь час намагається посилити відповідальність корупціонерів і поставити винних в максимально жорсткі умови при вирішенні питання про їх кримінальну відповідальність. Часом внаслідок такого неоднозначного законодавчого реагування на корупційні злочини створюється досить складні питання суто практичного характеру.

Так, Законом України «Про національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 року ціла низка кримінально-правових норм, що передбачали положення, якими законодавець намагався забезпечити реалізацію принципу економії кримінальної репресії, створивши при цьому максимальні умови, спрямовані на те, щоб винні у вчиненні злочину мали можливість за певних умов уникнути реального відбування покарання або іншим чином покращити своє кримінально-правове становище, були істотно змінені. Нагадаю, що вказаним Законом, який набрав чинності 25 січня 2015 року, внесено зміни до низки статей КК України, якими до осіб, що вчинили корупційні злочини, встановлено обмеження при звільненні від кримінальної відповідальності, призначенні більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, звільненні від покарання та його відбування, знятті судимості тощо (ст.ст. 45-48, 69, 74, 75, 79, 81, 82, 86, 87, 91 КК України).

Цільове призначення цих змін очевидне і не викликає жодних сумнівів – посилення кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Саме таку мету має і застереження в ч. 1 ст. 75 КК про недопустимість застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням до засуджених за корупційні злочини. Водночас у частині 2 цієї статті, яка визначає умови звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або визнання вини, такої прямої заборони не міститься. Крім того, відсутні будь-які обмеження укладення угоди у кримінальному провадженні про корупційні злочини і в положеннях Глави 35 КПК України «Кримінальне провадження на підставі угод». Така неоднозначна позиція законодавця зумовила і неоднозначну правозастосовчу практику. З огляду на це Генеральна прокуратура України звернулася з листом (від 26 травня 2015 року № 21/2/2-145 вих – 15) до окремих юридичних навчальних закладів з проханням надати науковий висновок про можливість застосування положень ст. 75 КК України щодо можли-

вості звільнення від відбування покарання з випробуванням осіб, які вчинили корупційні злочини, у випадку укладення з ними угоди про визнання вини.

Треба відзначити, що в системі заходів кримінальної відповідальності вказаний інститут є одним з найбільш ефективних, оскільки спрямований, з одного боку, на забезпечення безперервного і тривалого (від одного до трьох років) контролю за засудженим, а, з другого боку, запобігає негативним наслідкам реального застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк. В сучасній кримінологічній науці вже давно аргументовано переконують, що реальне застосування тривалих строків позбавлення волі не дає людині жодних шансів повернутися до нормального життя. Навпаки, після звільнення з місць позбавлення волі вона і на формальному, на неформальному рівнях буде ізольована від більшості соціальних інституцій. В такому випадку спрацьовують найгірші механізми теорії стигматизації. Натомість звільнення від відбування покарання з випробуванням дозволяє зберегти позитивні соціальні зв'язки засудженого з нормальним оточенням – сім'єю, друзями, колегами по роботі тощо.

Разом з тим, формально-логічні розмірковування, а також системне тлумачення кримінально-правових норм, які стосуються звільнення від відбування покарання з випробуванням, дозволяють зробити висновок про те, що законодавець обмежує можливість застосування такого звільнення на підставі угоди про визнання винуватості щодо осіб, які вчинили корупційні злочини. Так, незважаючи на те, що в ч. 2 ст. 75 КК, яка передбачає можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням у зв'язку із затвердженням угоди про визнання винуватості, не передбачено прямого застереження про неможливість застосування такого звільнення у разі засудження особи за корупційний злочин, саме такий висновок випливає з системного тлумачення норм КК України. Адже норми, передбачені в ч. 1 ст. 75 КК та ч. 2 ст. 75 КК, співвідносяться між собою як загальна та спеціальна. Тобто в ч. 1 ст. 75 КК законодавець описує загальні положення застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням. В той час як в ч. 2 ст. 75 КК описується спеціальний випадок такого звільнення – наявність угоди про визнання винуватості. В ч. 2 ст. 75 КК законодавець не створює якогось нового виду звільнення від відбування покарання, він лише деталізує існуючий. Тому за такого співвідношення кримінально-правових норм впливає висновок про те, що в спеціальній нормі повинні бути збережені всі ті положення (вимоги), які притаманні загальній нормі.

В контексті розглядуваної проблеми не зайвим буде нагадати, що в ст. 79 КК передбачено ще один спеціальний вид звільнення від відбування покарання з випробуванням – звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років. Щодо даного виду звільнення законодавець також безпосередньо робить застереження щодо можливості його застосування у випадку вчинення жінкою корупційного злочину. Проте така законодавча позиція викликає ще більше заперечень. Адже в даному випадку можливість звільнення від відбування покарання спрямована не тільки на гуманізацію кримінальної відповідальності жінки, але й на створення нормальних умов розвитку для її дитини. Невже законодавець має достатні підстави для того, щоб кате-

горично заперечити можливість жінки, яка вчинила корупційний злочин, бути хорошою мамою? А може він вважає, що корупція спадкується на генетичному рівні, а тому не потрібно жаліти ні корупціонера, ні його нащадків?

На завершення хочу відзначити, що проблема протидії корупційній злочинності є комплексною і може бути ефективно вирішена лише у випадку застосування до неї комплексних підходів. В будь-якому випадку лише кримінальна відповідальність не може бути панацеєю вирішення проблем, пов'язаних з корупцією.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ.

Василяш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно ч. 1 ст. 65 КК України суд призначає покарання із урахуванням меж, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин; положень Загальної частини КК; ступеня тяжкості вчиненого злочину, особи винного та обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. Серед переліку загальних засад призначення покарання, закріплених у ч. 1 ст. 65 КК України, правило, що суд призначає покарання у межах установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, законодавець, як бачимо, закріпив першим і цим самим вказав на його особливу важливість. Адже саме через дотримання судом цього правила під час призначення покарання винній особі, і реалізується принцип законності призначення покарання. Оскільки дотримання судом вказаного правила при призначенні покарання залежить від виду санкцій, то суд, призначаючи покарання винній особі, повинен перш за все встановити вид санкції, а після, дотримуючись правил, визначених у ст. 65 КК України, призначити особі покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових злочинів.

В теорії кримінального права виділяють такі види санкцій: неконкретизовані, абсолютно визначені та відносно визначені; альтернативні та безальтернативні (одиничні); прості та складні, тобто кумулятивні. Зазначені види санкцій класифікуються за різними критеріями. Однак найбільш обґрунтованою є класифікація санкцій, яку запропонував Л. Л. Кругліков. Так, залежно від наявності чи відсутності додаткових покарань, санкції, на думку автора, є простими та кумулятивними; за кількістю основних видів покарань – одиничні та альтернативні; за можливістю вибору для суду – абсолютно визначені та відносно визначені. Оскільки темою доповіді є проблеми призначення додаткових покарань, то об'єктом аналізу будуть кумулятивні санкції, тобто санкції, які крім ос-

новного (основних) покарання (покарень), передбачають ще і додаткові покарання, які можуть зазначатися у санкції статті як обов'язкові або факультативні.

Відповідно до ч. 2 ст. 52 КК України додатковими покараннями є позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу та конфіскація майна. Штраф та позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як зазначається в ч. 3 вказаної статті можуть призначатися як основні, так і як додаткові покарання.

Якщо проаналізувати кумулятивні санкції статей Особливої частини чинного КК України, які передбачають кримінальну відповідальність за окремі злочини, то можна замітити, що такі види покарень як: штраф, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та конфіскація майна визначені як додаткові покарання. Більшість із них зазначаються як обов'язкові, тобто такі, які суд повинен застосувати при призначенні покарання до особи, яка вчинила злочин. Наявність додаткових покарень у кумулятивній санкції надає суду широкі можливості для індивідуалізації кримінальної відповідальності. На думку більшості вчених криміналістів, додаткові покарання призначені бути допоміжним засобом впливу до основного покарання, коли є необхідність посилити певні каральні чи виправно-попереджувальні можливості основного покарання. Тому, конструюючи кумулятивну санкцію, законодавець повинен виходити із того, що основне навантаження в осуді особи, яка вчинила злочин, та її право обмеження повинно покладатися на основні покарання, оскільки, як зазначає В. К. Дуюнов, саме основні покарання у своєму змісті містять найбільш суворі право обмеження. Тому в кумулятивній санкції повинна бути співмірність між основним та додатковим покаранням, адже додаткове покарання не може бути більш суворим, ніж основне. Аналіз санкцій статей Особливої частини КК України показує, що в окремих санкціях має місце порушення цього правила. Так, в санкції ч. 1 ст. 183; ч. 1 ст. 209-1; ч. 2 ст. 209-1; ч. 2 ст. 212; ч. 3 ст. 212; ч. 2 ст. 212-1; ч. 3 ст. 212-1; ст. 219; ч. 2 ст. 220-1; ст. 220-2; ч. 1 ст. 222; ч. 2 ст. 222; ч. 1 ст. 222-1; ч. 2 ст. 222-1 КК України позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як додаткове обов'язкове покарання приєднане до основного покарання у вигляді штрафу. Не можливо не замітити у зазначених санкціях не співмірності між основним та додатковим покаранням. Не співмірність основного і додаткового видів покарень проявляється і в санкціях ч. 2 ст. 320; ч. 2 ст. 364-1; ч. 1 ст. 368; ч. 2 ст. 368-3; ч. 3 ст. 368-4 КК України, оскільки у випадку призначення судом штрафу як основного покарання, він зобов'язаний призначити позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як додаткове покарання. Відповідно до ст. 51 КК України, в якій закріплена система покарень, і покарання розташовані у порядку від найбільш м'якого до найбільш суворо, штраф є найбільш м'яким видом покарання. Позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю як додаткове покарання у зазначених санкціях вказане як обов'язкове. Тому у випадках, коли суд враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного, обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання, призначити винній особі, яка вчинила зазначені вище злочини, основне покарання у виді штрафу, розмір якого є незначним і додаткове покаран-

ня у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю до трьох років, то найбільш суворі правообмеження міститиме не основне покарання, а додаткове. У зв'язку із зазначеним більш доцільніше було б у санкціях ч. 1 ст. 183; ч. 1 ст. 209-1; ч. 2 ст. 209-1; ч. 2 ст. 212; ч. 3 ст. 212; ч. 2 ст. 212-1; ч. 3 ст. 212-1; ст. 219; ч. 2 ст. 220-1; ст. 220-2; ч. 1 ст. 222; ч. 2 ст. 222; ч. 1 ст. 222-1; ч. 2 ст. 222-1 і т. д. КК України штраф як основне покарання замінити іншим більш суворим основним покаранням, а у санкціях ч. 2 ст. 320; ч. 2 ст. 364-1; ч. 1 ст. 368; ч. 2 ст. 368-3; ч. 3 ст. 368-4 КК України відмовитися від штрафу як основного покарання. Адже вказані санкції є ще і альтернативними, тобто крім штрафу передбачають інші більш суворі види основних покарань, зокрема: арешт, обмеження волі, позбавлення волі. Як варіант, у зазначених санкціях можна додаткове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю передбачити не як обов'язкове, а факультативне, вказавши у санкції «з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю до трьох років або без такого». Переведення даного додаткового покарання із обов'язкового в факультативне, дасть можливість суду у випадку призначення штрафу як основного покарання, не призначати як додаткове, покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Штраф як додаткове покарання передбачений лише у восьми санкціях статей Особливої частини КК України, а саме: ч. 1 ст. 144; ч. 1 ст. 218; ч. 1 ст. 364; ч. 2 ст. 364; ч. 2 ст. 367; ч. 2 ст. 369; ч. 1 ст. 370; ч. 2 ст. 370. Звісно, що така невелика кількість санкцій, у яких передбачено штраф як додаткове покарання є суттєвим недоліком чинного КК України, що неодноразово зазначалося у юридичній літературі. Однак, як показує аналіз судової практики, кількість застосувань судом штрафу у вигляді додаткового покарання, значно більша, ніж кількість санкцій, у яких передбачається даний вид додаткового покарання. Збільшення кількості застосувань судом штрафу як додаткового покарання пояснюється тим, що суди неправильно трактуючи положення ст. 53 та ст. ст. 75, 77 КК України, призначають додаткове покарання у вигляді штрафу, незважаючи на те, що відповідно до ч. 3 ст. 53 КК України, штраф як додаткове покарання може бути призначений **лише** тоді, коли його спеціально передбачено в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України. У разі звільнення винної особи від відбування покарання з випробуванням на підставі положень ст. 75 КК України, суд може призначити штраф як додаткове покарання лише у випадку, коли штраф як додаткове покарання передбачене у санкції статті Особливої частини КК України, від відбування основного покарання, яке зазначене у ній, особа судом звільняється. Якщо у санкції статті Особливої частини КК України штраф як додаткове покарання не вказується, то суд не може відповідно до ч. 3 ст. 53 КК України, звільняючи особу від відбування покарання з випробуванням, призначити додаткове покарання у вигляді штрафу. А тому, існуючу практику призначення судом штрафу як додаткового покарання, посилюючись на положення ст. ст. 75, 77 КК України, слід визнати незаконною та такою, що суперечить ч. 3 ст. 53 КК України. Вказане не стосується таких додаткових покарань як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною

діяльністю та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу. Адже на відміну від штрафу, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання, відповідно до ч. 2 ст. 55 КК України, може бути призначене й у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України за умови, що з урахуванням характеру злочину, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, а позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, як додаткове покарання взагалі у жодній санкції статті Особливої частини КК України не зазначається, і призначається судом відповідно до ст. 54 КК України.

Покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю відповідно до ст. 55 КК України може бути призначене як основне покарання на строк від двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років. У судовій практиці у зв'язку із набранням чинності Закону України від 16 вересня 2014 року «Про очищення влади» виникають певні проблеми щодо призначення такого додаткового покарання. Адже в ч. 4 ст. 1 вказаного Закону зазначається, що особи, зазначені у ч. 3, 5-7 ст. 3 цього Закону, не можуть обіймати посади, щодо яких здійснюється очищення влади (люстрація), протягом п'яти років з дня набрання чинності відповідним рішенням суду. У зв'язку із зазначеним, пунктом четвертим Прикінцевих та перехідних положень вказаного Закону, ч. 1 ст. 55 КК України була доповнена новим положенням, згідно якого, позбавлення права обіймати певні посади як додаткове покарання у справах, передбачених Законом України «Про очищення влади», призначається на строк п'ять років. Без сумніву, що, суд, призначаючи покарання за вчинення корупційних злочинів вказаними особами, зіткнеться з труднощами визначення строку додаткового покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади. Адже, у санкціях статей Особливої частини КК України, в яких зазначається покарання за вчинення корупційних злочинів, строк додаткового покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю встановлено до трьох років, що відповідає строку цього виду додаткового покарання, зазначеного у абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК України, а відповідно до внесених змін зазначеним Законом, на п'ять років. У зв'язку із цим виникає питання, на який строк, призначаючи покарання за вчинення корупційного злочину, суд повинен позбавляти права обіймати певні посади осіб щодо яких здійснюється очищення влади (люстрація): на п'ять чи до трьох років? Виходячи із того, що положення абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК України по відношенню до положень абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК України є спеціальними, то, призначаючи покарання за вчинення корупційних злочинів вказаними особами, суд повинен призначити їм додаткове покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади не до трьох років, як зазначено у санкції статті, а до п'яти, посилаючись на положення абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК України. Якщо судом буде вирішуватися питання про позбавлення таких осіб ще і права займатися пев-

ною діяльністю, то строк такого покарання не може бути більшим, ніж три роки, так як зазначено у санкції статті та в абз. 1 ст. 55 КК України.

Проблеми призначення аналізованого додаткового покарання виникає у судовій практиці і у зв'язку з недоліками конструювання законодавцем окремих санкцій статей Особливої частини КК України. Так, у санкції ч. 1 ст. 365-2 (Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги) розмір обов'язкового додаткового покарання у вигляді позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю визначено до 10 років, в той час, як відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК України, розмір такого покарання не може перевищувати 3 років. Призначаючи покарання особі, яка вчинила зазначений злочини, суд повинен брати до уваги не розмір даного покарання, який зазначений у санкції статі, а у абз. 1 ч. 1 ст. 55 КК України, тобто не 10 років, а 3 роки або 5 років у випадку позбавлення права обіймати певні посади у справах, передбачених Законом України «Про очищення влади», як зазначено у абз. 2 ч. 1 ст. 55 КК України. Оскільки у даному випадку має місце колізія між нормами Загальної та Особливої частини, тому, як прийнято у науці кримінального права, перевага у таких випадках надається нормі Загальної частини.

Законом України від 16 липня 2015 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» чинний КК України був доповнений ст. 220-1 Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності. В санкції ч. 4 вказаної статті законодавцем передбачене додаткове покарання у вигляді **обмеження** права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до десяти років. Назва вказаного додаткового покарання, як бачимо, не відповідає назві покарання, яке зазначається у ст. 51 та у ст. 55 КК України. У зазначених статтях зазначається покарання у вигляді **позбавлення** права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, а не **обмеження** права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Тому суд, призначаючи покарання особі, яка вчинила злочин, передбачений ч. 4 ст. 220-1 КК України, не повинен призначати вказане додаткове покарання, яке зазначене як обов'язкове, оскільки серед переліку злочинів зазначених у ст. 51 КК України такого покарання не має. Верховній Раді України необхідно внести відповідні зміни до санкції вказаної статті, замінивши **обмеження** права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на **позбавлення** права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Тільки після внесення таких змін, суд зможе застосовувати таке додаткове покарання.

Відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України, конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за злочини проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості і може бути призначена лише у випадках, спеціально передбачених в Особливій частині КК України. Конструюючи кумулятивні санкції за вчинення окремих злочинів, законодавець, як показав аналіз, не завжди дотримується вимог ч. 2 ст. 59 КК України. Так, додатковим обов'язковим покаранням за вчинення коруп-

ційного злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368-2 КК України (Незаконне збагачення), як зазначено у санкції даної статті, є конфіскація майна. Однак, відповідно до положень ст. 12 КК України даний злочин, є злочином невеликої тяжкості. Як бачимо, конфіскація майна як обов'язковий додатковий вид покарання передбачена за злочин невеликої тяжкості, що суперечить положенням ч. 2 ст. 59 КК України. У зв'язку з зазначеним виникає питання, чи зобов'язаний суд, призначаючи покарання особі, яка вчинила такий злочин, призначити конфіскацію майна як обов'язкове покарання? Оскільки у даному випадку має місце колізія між нормами Загальної та Особливої частини, то перевага, як вже було зазначено вище, надається нормі Загальної частини. Тому, призначаючи покарання особі, яка вчинила даний злочин, суд посилаючись на положення ч. 2 ст. 59 КК України, не повинен призначати конфіскацію майна, яка зазначена у санкції даної статті, як обов'язкове додаткове покарання. Аналогічна ситуація має місце і у випадку вчинення особою корупційного злочину, передбаченого ч. 2 ст. 368-2 КК України, який за ступенем тяжкості є злочином середньої тяжкості.

ПОНЯТТЯ ВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінальний кодекс України 2001 р. (далі – КК) досить детально врегулював інститут співучасті у злочині порівняно із кримінальним законом 1960 р. Зазнало змін і визначення поняття виконавця злочину, що стало закономірним результатом тривалих наукових дискусій про необхідність уточнення, розширення його змісту. Збережено підхід, що виконавець злочину є одним із видів співучасників злочину (ч. 1 ст. 27). Виконавцем (співвиконавцем) злочину закон у ч. 2 ст. 27 фактично визнає 2 категорії осіб, а саме: 1) особу, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину безпосередньо вчинила злочин; 2) особу, яка у співучасті з іншими суб'єктами злочину вчинила злочин шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне (це т.з. «опосередкований виконавець»).

Таке визначення поняття виконавця злочину отримало неоднозначну оцінку вітчизняних науковців – від схвальної до різко негативної. Зокрема, вказується на «негативний резонанс законодавчого викладу ст. 27» (Я. Лизогуб), неповноту викладу поняття виконавця злочину (О.М. Пасенюк, О.О. Каваша та ін.), деякі логічні дефекти визначення поняття виконавця злочину (З.А. Тростюк). Проаналізуємо деякі з них.

Так, до недоліків законодавчого визначення поняття виконавця злочину відносять:

- воно стосується лише співучасті у злочині. Ряд науковців стверджує, що у випадку вчинення злочину однією особою самостійно про неї теж слід говорити як про виконавця злочину, а це не відповідає змісту положення ч. 2 ст. 27 КК України. Думаю, що в цьому аспекті законодавець обрав правильний підхід. Ще свого часу такі вчені як Ф.Г. Бурчак, М.І. Ковальов, А. Н. Трайнін зазначали, що виконавець злочину – поняття відносне, стосується лише співучасті у злочині, коли поряд з виконавцем діють інші особи, які виконують іншу функціональну роль – організаторів, підбурювачів і пособників; якщо злочин вчиняється однією особою, питання про його роль і функції не виникає. В таких випадках мова йде просто про суб'єкта злочину, тобто про особу, яка вчинила суспільно небезпечне, кримінально протиправне і винне діяння. Тому, якщо немає співучасті у злочині, то й немає розподілу ролей, а відповідно немає підстав говорити про виконавця злочину. Не можу в цьому аспекті погодитися з позицією Я. Лизогуба, що зазначений підхід законодавця до визначення поняття виконавця злочину не враховує основних принципів кримінального права – індивідуалізації та справедливості покарання за скоєний злочин.

- поза визначенням виконавця злочину залишилися особи, які безпосередньо брали участь у вчиненні злочину разом з іншими співвиконавцями (О. М. Пасенюк, Я.Лизогуб та ін.). Хоча науковці і вказують на більш вдалий виклад поняття виконавця злочину в кримінальному законі сусідньої держави, пропонуючи доповнити його такою категорією осіб, проте детально зміст цього виду виконавця злочину не розкривають. Не заперечуючи проти доцільності виділення співвиконавця злочину як одного із видів виконавця, хочу звернути увагу на проблему формулювання, запропонованого авторами. Серед науковців РФ немає єдиної позиції, кого слід вважати такими особами, які безпосередньо брали участь у вчиненні злочину з іншими співвиконавцями – чи лише осіб, які безпосередньо брали участь у виконанні об'єктивної сторони складу злочину, чи й тих суб'єктів, які були присутні на місці вчинення злочину під час його вчинення і надавали сприяння особі, яка безпосередньо вчиняла діяння, передбачене відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини Кримінального кодексу, незалежно від фактично виконуваної ролі. Таких осіб в теорії кримінального права пропонують називати співвиконавцями в широкому значенні. На мою думку, зазначений підхід має істотний недолік – один із видів виконавця злочину наділяється невласливими йому функціями, а саме: його дії можуть не становити виконання об'єктивної сторони складу злочину. Щось подібне можемо простежити серед роз'яснень Пленуму Верховного Суду України у постанові № 2 від 07.02.2003 р. «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи». У п. 16 розкривається зміст такої кваліфікуючої ознаки умисного вбивства як вчинення його за попередньою змовою групою осіб: «за цей злочин несуть відповідальність і ті особи, котрі хоча й не вчинювали дій, якими безпосередньо була заподіяна смерть потерпілому, але будучи об'єднані з іншими співвиконавцями вбивства єдиним умислом, спрямованим на позбавлення потерпілого життя, виконали хоча б частину того обсягу дій, які група вважала необхідним для реалізації цього умислу. До таких дій відносяться застосування на початку нападу насильства щодо потерпілого з метою приведення його у безпорадний стан з

тим, щоб інший співучасник, скориставшись таким станом, заподіяв потерпілому смерть; подолання опору потерпілого з метою полегшити заподіяння йому смерті іншим співучасником; усунення певних перешкод, що в конкретній ситуації заважають іншій особі заподіяти потерпілому смерть або істотно ускладнюють це; надання особі, яка згідно з домовленістю заподіє смерть потерпілому, конкретної допомоги під час вчинення вбивства (у вигляді поради, передачі зброї тощо); ведення спостереження за потерпілим, іншими особами чи обстановкою безпосередньо перед убивством або під час його вчинення з метою реалізації спільного умислу тощо». Вважаю, що далеко не всі дії по усуненню перешкод, а тим більше дії по наданню допомоги під час вчинення вбивства (поради, передача зброї і т.п.), спостереження за потерпілим перед вчиненням вбивства можна вважати частковим виконанням об'єктивної сторони складу злочину і відповідно розглядати як дії співвиконавців. Також звернімо увагу, що хоча в наведеному положенні постанови вказано, що вони «об'єднані спільним умислом з іншими співвиконавцями», проте прямо співвиконавцями їх не названо. Фактично такий широкий підхід до розуміння «осіб, які безпосередньо брали участь у вчиненні злочину разом з іншими співвиконавцями» і яких пропонується включити до визначення поняття виконавця злочину, призводить до змішування виконавця злочину із співучасниками інших видів, в першу чергу, із пособником. Усі погоджуються, що у чинному КК України поділ співучасників на види (ст. 27) здійснено за характером виконуваних функцій у спільному злочині. Такий підхід відповідно повинен виключати дублювання ознак співучасника одного виду в описі ознак співучасників інших видів, тоді законодавча конструкція відповідатиме вимогам чіткості кримінального закону. Думаю, що в даному випадку існує проблема ототожнення співвиконавців злочину з учасниками групи осіб за попередньою змовою, що насправді не одне і те ж - останні можуть бути як співвиконавцями, так і виконувати інші ролі (ч. 2 ст. 28 КК).

- віднесення опосередкованого виконання до інституту співучасті - логічний дефект регламентації інституту співучасті у КК України (З. А. Тростюк, О. О. Кваша та ін.). Суть проблеми у тому, що частина поняття виконавця (співвиконавця) злочину, яка стосується посереднього виконання, суперечить законодавчому поняттю співучасті, що міститься в ст. 26 КК. Як наслідок, пропонується положення про посереднє виконання помістити у розділ IV Загальної частини КК «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)», внівши зміни у ст. 18 КК; або сформулювати негативне визначення співучасті, вказавши, що не є співучастю у злочині опосередковане вчинення злочину (Ю. Солопанов, С. Ф. Мілюков та ін.).

Однозначно, погоджуюсь із основним аргументом науковців: виконавець злочину – вид співучасника, тому поряд із ним у вчиненні злочину повинен брати участь ще хоча б один суб'єкт злочину, який підлягає кримінальній відповідальності за умисне спільне вчинення умисного злочину. Інакше мова повинна йти не про виконавця, а про суб'єкта злочину, якого притягувати до кримінальної відповідальності на підставі положення ч. 2 ст. 27 КК України неможна. Проте, думаю, що законодавчо врегульовувати це питання в розділі, присвяченому суб'єкту злочину, недоцільно. Адже суб'єкт злочину – це сукупність ознак, яким має відпові-

дати особа, яка вчинила злочин (незалежно від стадії вчинення злочину, форми злочинної діяльності (індивідуальна чи співучасть), механізму виконання об'єктивної сторони відповідного складу злочину тощо), і які є складовою підстави кримінальної відповідальності. Питання опосередкованого вчинення злочину – це питання механізму вчинення злочину (механізму виконання об'єктивної сторони) та встановлення ознак об'єктивної сторони складу злочину.

Щодо пропозицій дати у кримінальному законі негативне визначення поняття співучасті (в окремій частині ст. 26 чи в окремій статті) шляхом вказівки на те, що опосередковане заподіяння шкоди не становить співучасті у злочині, також вважаю не виправданими. Як слушно зазначає В. М. Бурдін, за умови закріплення в законі позитивного поняття (в нашому випадку – поняття співучасті у злочині) ознаки негативного є очевидними і саме тому не потребують формалізованого закріплення. На мій погляд, в чинній редакції ст. 27 КК з точки зору законодавчої техніки обрано не найгірший варіант формулювання поняття виконавця злочину в частині опосередкованого виконання. Адже в дефініції є чітка вказівка на участь кількох суб'єктів злочину як істотної ознаки співучасті (тобто, суб'єкт, який використовує іншу особу як «знаряддя злочину»), є виконавцем лише за умови, що діє у співучасті з іншим суб'єктом злочину), визначено його функціональну роль у вчиненні злочину, що вирізняє його з-поміж співучасників інших видів, а також описано механізм її реалізації – шляхом використання інших осіб, що не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне. Якщо злочин вчиняється за відсутності інших суб'єктів злочину, то й про виконавця злочину мова йти не може, виходячи із визначення поняття співучасті у злочині (ст. 26 КК). Винний підлягатиме відповідальності за одноособове вчинення злочину. Проте, незважаючи на чітке законодавче положення, практика не завжди правильно його тлумачить. Зокрема, у постанові Пленуму Верховного Суду України № 2 від 27.02.2004 р. «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» стверджувалося, що при вирішенні питання про кваліфікацію злочину, вчиненого дорослою особою із залученням неповнолітніх осіб, які внаслідок віку чи неосудності не є його суб'єктами, треба враховувати, що таке спільне вчинення злочину не утворює ознак співучасті; у таких випадках відповідно до ч. 2 ст. 27 КК доросла особа розглядається як виконавець злочину (п. 6). Очевидно, що визнавати таку особу виконавцем злочину на підставі ч. 2 ст. 27 КК – пряме порушення норми кримінального закону.

Проте погоджуюсь із науковцями, які звертають увагу на недосконалість законодавчого визначення поняття виконавця злочину, і відповідно на необхідність його уточнення, внесення змін у відповідне визначення. Неправильно позначати одне і те ж поняття різними термінами – «виконавець (співвиконавець)», адже це є використанням прийому синонімії в ситуації, коли відповідні терміни не є словами-синонімами; в законі має знайти відображення співвідношення понять виконавця та співвиконавця злочину, при цьому останній повинен одержати змістовне наповнення, що мало б, відповідно, однозначно сприйматися правозастосовною практикою та забезпечувати правильне застосування закону, тощо.

ЩОДО МОЖЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ СВОБОДИ ДОГОВОРУ

Гринишин О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно з ч. 1 ст. Кримінального кодексу України (надалі – КК України) його завданнями є правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам. Наведене положення містить перелік об'єктів кримінально-правової охорони.

Для встановлення принципової можливості охорони кримінальним законом певного явища першим кроком, вважаємо, повинно бути співвіднесення цього явища із зазначеними у ч. 1 ст. 1 КК України об'єктами.

Викликає інтерес дослідження у цьому контексті відомого принципу приватного права – свободі договору.

Свобода договору законодавчо закріплена у ст. 3 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) як загальна засада цивільного законодавства. Відповідно до ст. 627 ЦК України свобода договору проявляється у тому, що сторони договору є вільними:

- в укладенні договору;
- у виборі контрагента за договором;
- у визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Наведений перелік проявів свободи договору не слід вважати вичерпним. Науковці доповнюють його іншими проявами свободи договору, зокрема:

- праві вибору сторонами форми договору;
- праві сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать;
- правом сторін за взаємною згодою змінювати чи розривати укладений ними договір;
- правом односторонньої зміни, розірвання чи відмови договору у встановлених випадках.

Таким чином, свобода договору наділяє учасників договірних відносин комплексом специфічних прав. Відтак, можна поставити знак рівності між свободою договору та правами. Слід зазначити, що саме правове забезпечення охорони прав людини і громадянина поставлено законодавцем на перше місце серед завдань КК України (ч. 1 ст. 1 цього Кодексу).

Окрім прав, об'єктом кримінально-правової охорони виступають свободи людини. Про це йдеться як у ч. 1 ст. 1 КК України, так і у ст.ст. 8, 41, 209¹, 222¹,

232¹, 364, 367 та багатьох інших. IV Розділ КК України («Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи») та V розділ («Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина») також містять поняття «свобода».

Конституція України та закони України закріплюють низку свобод людини: свободу пересування та вибору місця проживання, свободу думки і слова, свободу світогляду і віросповідання, свободу політичної діяльності, свободу підприємницької діяльності, свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації. Без сумніву, до свобод належить і свобода договору. Різниця між правом та свободою полягає у тому, що свобода у певній сфері передбачає наділення людини відповідними правами. Так, свобода пересування та вибору місця проживання включає право вільно пересуватись територією України, право на вільний вибір постійного чи тимчасового місця проживання на території України; право вільно залишати територію України, право громадянина України в будь-який час повернутися в Україну.

Не можна оминати увагою і ще одну важливу правову категорію – інтерес. Хоча інтерес і не згадується у ч. 1 ст. 1 КК України, можливість його охорони кримінальним законом не викликає сумнівів з огляду на такі нормативні положення (наводимо лише деякі):

- необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та *інтересів* особи... (ч. 1 ст. 36 КК України);
- не є злочином заподіяння шкоди *правоохоронюваним інтересам* у стані крайньої необхідності... (ч. 1 ст. 39 КК України);
- не є злочином дія або бездіяльність особи, яка заподіяла шкоду *правоохоронюваним інтересам*, вчинена під безпосереднім впливом фізичного примусу... (ч. 1 ст. 40 КК України).

Про заподіяння шкоди охоронюваним інтересам йдеться і у диспозиціях багатьох статей Особливої частини КК України (зокрема, у ст. ст. 114, 182, 189, 206, 222¹). Офіційно тлумачення цього терміну надав Конституційний Суд України у справі про охоронюваний законом інтерес від 1 грудня 2004 року №8-рп/2004. Суд вказав, що інтерес є дозволом та відображає прагнення його носія до того, що не заборонено законом (до користування якимсь конкретним матеріальним або нематеріальним благом). Але, на відміну від суб'єктивного права, інтерес не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони, оскільки прямо не закріплений нормативно та впливає з формули «дозволено все, що не заборонено законом».

Як приклад охоронюваного законом інтересу, що входить до свободи договору, називають можливість учасників вести переговори з приводу укладення договору. Така можливість цивільним законодавством прямо не передбачена, проте вона ним і не заборонена, а також не суперечить загальноправовим засадам. Участь у переговорах не забезпечується відповідним юридичним обов'язком (обов'язками).

Усі можливості людини, які їй надає та охороняє право, охоплюються тріадою «права, свободи, інтереси». Кожен із її елементів рівною мірою є

об'єктом самостійного судового захисту. Визнання людини найвищою соціальною цінністю зміщує акцент із колективізму до прав, свобод та інтересів кожної конкретної особи. Через це, на наш погляд, саме права, свободи та інтереси людини є головними об'єктами, що їх охороняє кримінальний закон.

Свобода договору узгоджується із кожною складовою тріади «права, свободи, інтереси». По-перше, свобода договору є, власне, однією із свобод, що закріплені законом. По-друге, свобода договору розкривається саме через права та інтереси людини при укладенні та виконанні договорів різного роду. Зазначене дозволяє зробити висновок, що свобода договору цілком підпадає під перелік об'єктів кримінально-правової охорони, зазначений у ч. 1 ст. КК України. Проте це не дозволяє зробити однозначний висновок про те, що у чинному Кримінальному кодексі України реально існують склади злочинів, що передбачають відповідальність за посягання на свободу договору. Вказане питання потребує подальшого дослідження.

**ПРЕДМЕТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ,
ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 145 КК УКРАЇНИ
«НЕЗАКОННЕ РОЗГОЛОШЕННЯ ЛІКАРСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ»**

Денькович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У ст. 145 КК України законодавець дає пряму вказівку на те, що предметом закріпленого у ній складу злочину є лікарська таємниця. Визначення поняття лікарської таємниці подано у низці нормативно-правових актів. Зокрема, відповідно до ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року – це відомості про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, які стали відомі медичним працівникам та іншим особам у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків; згідно з ч. 2 ст. 26 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 6 квітня 2000 року, – відомості про зараження особи інфекційною хворобою, що передається статевим шляхом, проведені медичні огляди та обстеження з цього приводу, дані інтимного характеру, отримані у зв'язку з виконанням професійних обов'язків посадовими особами та медичними працівниками закладів охорони здоров'я, становлять лікарську таємницю; ч. 3 ст. 13 Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» від 12.12.1991 року встановлює, що відомості про результати тестування особи з метою виявлення ВІЛ, про наявність або відсутність в особі ВІЛ-інфекції є конфіденційними та становлять лікарську таємницю.

Попри це, у низці статей Основ законодавства України про охорону здоров'я законодавець, поряд із використанням терміна «лікарська таємниця», вживає термін «медична інформація» (ст.ст. 39, 79 Основ законодавства України про охорону здоров'я). Водночас ані законодавчого визначення змісту останнього, ані характеру співвідношення з терміном «лікарська таємниця» у жодному нормативно-правовому акті не наведено.

На співвідношення цих понять звернув увагу Конституційний Суд України. У п. 2 резолютивної частини Рішення від 30 жовтня 1997 року № 5-зп (справа К. Г. Устименка) він вказав, що медична інформація – це свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, в тому числі і про наявність ризику для життя і здоров'я. Правила використання відомостей, що стосуються лікарської таємниці, – інформації про пацієнта, на відміну від медичної інформації – для пацієнта, встановлюються ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я та ч. 3 ст. 46 Закону України «Про інформацію».

Із наведеної правової позиції вбачається, що Конституційний Суд України прийшов до висновку, що «інформація, що становить лікарську таємницю» та «медична інформація» – не тотожні за змістом поняття.

Попри це, порівняльний аналіз запропонованого Конституційним Судом України визначення обсягу цих понять засвідчує, що обидва поняття охоплюють ті чи інші відомості у сфері охорони здоров'я, які стосуються конкретного пацієнта (зокрема, відомості про хворобу особи, її медичне обстеження і т. д.). Тобто обидва поняття, а не лише «інформація, що становить лікарську таємницю», як стверджує Конституційний Суд, охоплюють **інформацію про особу**. Однак чинне законодавство дає підстави для висновку, що поняття «медичної інформації» використовується для вказівки на адресата такої інформації, а поняття «інформація, що становить лікарську таємницю» – на спосіб отримання такої інформації.

Так, із ст. 39 Основ законодавства про охорону здоров'я слідує, що медичною є інформація про стан здоров'я особи, адресована цій особі. Однак медичною є не будь-яка інформація для пацієнта (хоча Конституційний Суд вказує протилежне (абз. 5 п. 2 резолютивної частини Рішення від 30 жовтня 1997 року № 5-зп). Інформація для пацієнта може охоплювати і інформацію, що стосується його конкретно (наприклад, щодо впливу певних лікарських засобів на нього з урахуванням його історії хвороби), і відомості загального медичного характеру (приміром, щодо механізму дії лікарського засобу). Навряд чи останні відомості є конфіденційною інформацією про особу, якою є медична інформація. Отже, медична інформація – це інформація для пацієнта, але про нього ж.

Поняття «інформація, що становить лікарську таємницю» вказує на особливий спосіб отримання інформації про стан здоров'я особи: вона стає відомою особі у зв'язку з виконанням службових або професійних обов'язків.

Отже, поняття «медична інформація» і «лікарська таємниця» позначають одні і ті ж відомості – дані про стан здоров'я особи та інші відомості про неї у сфері охорони здоров'я. Ці відомості, відповідно до ч. 1 ст. 11 Закону України

«Про інформацію», є складовою інформації про особу. Відомості, що становлять інформацію про особу, належать до конфіденційної інформації (ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію»), а тому поняттями «медична інформація» і «лікарська таємниця» охоплюються відомості, що є конфіденційною інформацією про особу.

Такий висновок мав важливе кримінально-правове значення, адже означає, що, незважаючи на відсутність прямої вказівки у тексті кримінального закону, відомості, які є медичною інформацією, можуть бути предметом складу злочину, передбаченого ст. 182 КК України «Порушення недоторканості приватного життя».

Інформація, яка становить лікарську таємницю, також охоплюється поняттям конфіденційної інформації про особу. З іншого боку, відповідно до ст. 8 Закону України «Про доступ до публічної інформації», інформація, яка містить державну, професійну, банківську таємницю, таємницю досудового розслідування та іншу передбачену законом таємницю, є таємною. Оскільки інформація, що становить лікарську таємницю, отримується особою під час виконання професійних або службових обов'язків, тобто містить професійну таємницю, то є підстави таку інформацію відносити до таємної.

Отже, якщо інформація про стан здоров'я особи стала відома іншій особі у зв'язку з виконанням нею професійних або службових обов'язків, то така інформація за режимом доступу є таємною. Отримання цієї інформації у інший спосіб означатиме її конфіденційний характер. Саме тому норма про склад злочину, передбачений ст. 145 КК України «Незаконне розголошення лікарської таємниці», та норма про склад злочину, передбачений ст. 182 КК України «Порушення недоторканості приватного життя», співвідносяться як спеціальна та загальна відповідно. Ознакою, яка зумовлює спеціальний характер складу злочину, передбаченого ст. 145 КК України, є суб'єкт злочину.

ОБОВ'ЯЗОК НЕСТИ КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Кондра М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Рівність осіб перед законом – це не тільки надання їм прав, а й однаковою мірою неухильне виконання покладених на них обов'язків, у тому числі й обов'язку відповідати за вчинене. Автори тлумачного словника української мови пропонують таке розуміння слова обов'язок, як «те, чого треба беззастережно дотримуватися, що слід безвідмовно виконувати відповідно до вимог суспільства або виходячи з влас-

ного сумління». Цей обов'язок означає, що кожна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, повинна підлягати відповідальності за вчинене.

Обов'язок підлягати кримінальній відповідальності означає, що особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, зобов'язана зазнати негативних наслідків однієї із форм кримінальної відповідальності, зокрема: осуд у поєднанні із покаранням, звільненням від покарання або подальшого його відбування, звільненням від покарання особи, яку на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною, звільненням від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру. Слушною є думка В. М. Кудрявцева та С. Г. Келіна, які вважають, що «кримінально-правовий аспект «рівності громадян, означає рівність притягнення до **кримінальної відповідальності** у разі вчинення **ким би то не було** діяння, яке містить ознаки злочину». Звертаємо увагу, що саме у притягненні до кримінальної відповідальності полягає вищевказаний правовий аспект рівності. Не йде мова про заходи кримінально-правового характеру, адже останні не є кримінальною відповідальністю чи формою її дії та мають ряд відмінних несумісних із нею ознак.

Крім цього, на наш погляд, вказаний обов'язок виникає лише внаслідок порушення особою заборонних норм кримінального закону, і забезпечується загрозою настання кримінальної відповідальності. При чому, юридичною конструкцією, яка забезпечує виконання цього обов'язку через реальну загрозу настання кримінальної відповідальності є склад злочину, а не кримінальний закон сам по собі.

Ми розглядаємо цей обов'язок під кутом зору негативного (ретроспективного) розуміння кримінальної відповідальності, як зобов'язання особи відповідати за діяння, вчинене в минулому. Вдало пише О.О. Дудоров, що «дотримуватись кримінально-правових приписів зобов'язані всі, а відповідати – лише винні в їх порушенні. Відповідальність походить від словосполучення «дати відповідь», а тому може стосуватись лише минулого». Обов'язок особи нести відповідальність за вчинене впливає із статті 68 Конституції України, де зазначено, що «кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей». У разі порушення обов'язку не шкодити державі та суспільству, настає обов'язок понести відповідальність за вчинене.

Принцип рівності у кримінальному праві полягає у, зокрема, **рівному** для всіх обов'язку нести відповідальність за своє діяння. Даний обов'язок, осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, є рівним, але не однаковим. У словнику української мови зазначається, що не однаковий означає «відмінний від іншого (інших), який не збігається з іншим (іншими); різний». Щодо принципу рівності у кримінальному праві, термінологічний зворот «не однаковий» означає, що:

1) різні за юридичним статусом особи потенційно несуть кримінальну відповідальність за різними статтями (частинами статей) КК України за вчинення різного виду діянь (різний зміст та обсяг кримінальної відповідальності) – щодо різного змісту, то відомо, що спеціальні суб'єкти складу злочину, притягаються до кримінальної відповідальності в тих випадках, коли інші особи за такі ж дії кримінальній відповідальності не підлягають.

Найпоширенішим видом спеціального суб'єкта є службова особа. У кримінальному законі зустрічаються також інші види спеціальних суб'єктів складу злочину, а саме: капітан судна (ст. 284-285 КК України), військовослужбовець (Розділ XIX Особливої частини КК України), медичний працівник (ст. 131, 132, 139, 140 КК України) і т. д. Може виникнути питання: чи не суперечить принципу рівності громадян перед законом підвищена вимогливість щодо подібних категорій осіб? На наш погляд, не суперечить, адже підвищена відповідальність вказаних категорій суб'єктів обумовлена великим об'ємом наданих їм прав, високим рівнем довіри з боку суспільства – спеціальні повноваження це і велика відповідальність.

Підстави різного обсягу кримінальної відповідальності можуть бути різні: стать, вік, соціальне становище, наявність рецидиву і т.д. Наприклад: неповнолітнім, засудженим до позбавлення волі, на відміну від осіб, які вчинили злочин після досягнення вісімнадцятирічного віку, не може бути призначено покарання у виді довічного позбавлення волі (ч. 2 ст. 64 КК України). Заборона призначати покарання у виді довічного позбавлення волі стосується також жінок, що були в стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку, хоч є законодавчі пропозиції поширити таку заборону щодо всіх жінок, а не лише вагітних. Проте, така пропозиція не узгоджується із конституційним принципом рівності усіх перед законом. Однією з конституційних гарантій забезпечення рівності прав жінки і чоловіка є надання передбачених законом пільг **лише вагітним жінкам і матерям** (стаття 24 Конституції України). До жінок, які мають дітей віком до семи років, на відміну від чоловіків, не застосовується покарання у виді арешту (ч.4 ст. 60 КК України). Вчинення злочину щодо особи, яка перебуває у службовій залежності від винного може тягти більш суворе покарання (п. 8 ч.1 ст. 67 КК України). Кримінальним законом можуть бути передбачені злочини, що можуть бути вчинені тільки спеціальними суб'єктами.

2) існує заборона звільнення від покарання та його відбування осіб, засуджених за корупційний злочин – так, Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII, статтю 45 КК України було доповнено приміткою, в якій установлено перелік злочинів, що відносяться до корупційних. У пояснювальній записці до цього законопроекту відсутні обґрунтування, як щодо необхідності закріплення вичерпного переліку корупційних злочинів, так і щодо заборони звільняти від кримінальної відповідальності, покарання чи його відбування осіб, які вчинили корупційний злочин. Даючи висновки на проект закону «Про Національне антикорупційне бюро України» оминули ці питання і Головне науково-експертне та Головне юридичне управління ВР України. Така ситуація неприпустима, адже як відомо *cessanteratione legis, cessatetipsalex* /коли припиняє існувати розумне обґрунтування закону, припиняє діяти сам закон/.

Як зазначають В. І. Тютюгін та К. С. Косінова, закріплення переліку корупційних злочинів у законі про кримінальну відповідальність мало за мету, в першу чергу, унеможливити або ускладнити застосування пільгових (заохочувальних) норм кримінального права до осіб, які вчинили такі діяння (зокрема, інституту звільнення від кримінальної відповідальності, призначення більш

м'якого покарання, ніж передбачено законом, звільнення від покарання з випробуванням чи від його відбування за амністією, зняття судимості тощо). З такою думкою варто погодитись, адже вона має під собою законодавче підґрунтя. Так, у ряді статей КК України щодо осіб, які вчинили корупційний злочин чи були засуджені за корупційний злочин, встановлено заборону застосування до них сприятливі регулятивні норми кримінального закону, зокрема:

1. заборонено звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з: дійовим каяттям (ч. 1 ст. 45 КК України), примиренням винного з потерпілим (ч. 1 ст. 46 КК України), передачею особи на поруки (ч. 1 ст. 47 КК України), зміною обстановки (ч. 1 ст. 48 КК України);

2. заборонено призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ч. 1 ст. 69 КК України);

3. заборонено звільняти від покарання (ч. 4 ст. 74 КК України), звільняти від покарання з випробуванням (ч. 1 ст. 75 КК України), звільняти від відбування покарання (ч. 1 ст. 79 КК України), зокрема умовно-достроково (п. 1, 2 ч. 3 ст. 81 КК України), звільнення від покарання на підставі закону України про амністію (ч. 4 ст. 86 КК України) або акта про помилування (ч. 3 ст. 87 КК України)

4. заборонено заміну невідбутої частини покарання більш м'яким (п. 1, 2 ч. 4 ст. 82 КК України);

5. заборонено зняття судимості до закінчення строків її погашення (ч. 2 ст. 91 КК України).

Варто зауважити, що вказані вище заборони застосування інститутів звільнення від покарання чи його відбування до осіб, які вчинили корупційний злочин є недолугими та не відповідають суті звільнення від покарання чи його відбування. Зміст цих інститутів полягає у відмові держави від застосування до особи, щодо якої настала кримінальна відповідальність, призначеного їй покарання (повністю або певної частини) через недоцільність або неможливість реалізації мети покарання. Однак, Президент України, як суб'єкт законодавчої ініціативи не взяв це до уваги. Тому, згідно чинного кримінального законодавства, не має значення ані тяжкість вчиненого злочину, ані особа винного, ані обставини справи, які б дозволяли дійти висновку про можливість виправлення особи без відбування покарання. Таким чином, *delegelata*, якщо особою було вчинено корупційний злочин чи її було засуджено за корупційний злочин, її не можна звільняти від кримінальної відповідальності, покарання чи його відбування.

Прийняття низки антикорупційних законів у 2014 р. не започаткувало в Україні найбільш масштабна антикорупційну реформу, а та що є, до того ж, не є системною. Тому, виправдовувати такі зміни в кримінальне законодавство необхідністю боротьби та подолання корупції в Україні також не можна. Описана ситуація є очевидним порушенням принципу рівності у кримінальному праві України та необґрунтовано розширює обсяг кримінальної відповідальності осіб, які вчинили корупційний злочин. До того ж, застосування чи незастосування розглядуваних кримінально-правових інститутів залежить від того, за якою статтю (-ями) кваліфікуватимуть діяння особи. Якщо це буде стаття із переліку наведеного у примітці до ст. 45 КК України (які злочини вважають корупційни-

ми), то така особа позбавляється можливості застосування сприятливих для неї кримінально-правових норм. Якщо ж це буде стаття не з цього переліку, то ситуація для такої особи протилежна. При чому, конструюючи примітку із переліком корупційних злочинів законодавець не врахував, що у КК України є й інші статті, які передбачають злочини, що потенційно є корупційними. Наприклад, ч. 3 ст. 206, ч. 3 ст. 206-2, ч. 3 ст. 229, ч. 2 ст. 343 КК України та інші статті.

На підставі викладеного, можна стверджувати що:

1. Принцип рівності у кримінальному праві України полягає у, зокрема, рівному для всіх обов'язку нести відповідальність за своє діяння;

2. Обов'язок нести відповідальність у кримінальному праві України, як складова принципу рівності у кримінальному праві України, є не однаковим, що означає: різні за юридичним статусом особи потенційно несуть кримінальну відповідальність за різними статтями (частинами статей) КК України за вчинення різного виду діянь (різний зміст та обсяг кримінальної відповідальності);

3. Заборона застосування численних кримінально-правових інститутів (звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування; заборону призначати більш м'яке покарання, ніж передбачено законом; заборону заміни невідбутої частини покарання більш м'яким та заборону зняття судимості до закінчення строків її погашення) до осіб, які вчинили корупційний злочин є необґрунтованою, не відповідає їх суті та порушує принцип рівності у кримінальному праві України;

4. Таку складову принципу рівності, як обов'язок нести кримінальну відповідальність варто розуміти як, покладене на особу, яка вчинила злочин, зобов'язання перед державою та суспільством підлягати кримінальній відповідальності, яке виникає на підставі наявності в діянні такої особи складу злочину.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ ПОКАРАННЯ ЗА ГОТУВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ

Кричківський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливим запитанням, яке не досить вдало вирішено в кримінальному законі і стосується правил призначення покарання за незакінчений злочин, є визначення нижніх меж призначення найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Оскільки законодавець нічого не вказав про нижні межі в такій ситуації, то це означає, що вони залишаються незмінними і є тими, які встановлені у відповідній санкції. Це в свою чергу призводить до випадків, коли санкція статті робиться абсолютно визначеною і тому суд, як правильно зазначає В. М. Василяш, позбавлений можливості як індивідуалізації покарання, так і реалізації загальних за-

сад призначення покарання. Наприклад, Ніжинський міськрайонний суд Чернігівської області вироком від 28 жовтня 2008 року визнав винним ОСОБА_2 за вчинення злочинів, передбачених ст.ст. 15 ч. 2, 308 ч. 2, ст. ст. 14 ч. 1, 307 ч. 2 КК України. При призначенні покарання підсудному ОСОБА_2 суд дійшов висновку про необхідність призначення йому покарання за ст.ст. 14 ч.1, 307 ч.2 КК України у виді позбавлення волі. Тому суд засудив ОСОБА_2 за ст.ст. 14 ч. 1, 307 ч. 2 КК України і призначив йому покарання у виді п'яти років позбавлення волі без конфіскації майна.

Як бачимо, в наведеній ситуації санкція ч. 2 ст. 307 КК є абсолютно - визначеною, оскільки вона передбачає позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, де половина (з врахуванням ч. 2 ст. 68 КК) якраз і дорівнює п'ять років. Проте можливі і більш проблемніші випадки, коли суд взагалі зобов'язаний призначити покарання, виходячи за нижні межі санкції, що в свою чергу, призводить до певних зловживань. Ситуація складається так, що суд, застосувавши ч. 2 ст. 68 КК, виходить за нижні межі санкції статті, але в при такому виході, його вже нічого не обмежує рухатися до мінімальної межі, яка встановлена в Загальній частині КК для такого виду покарання, що є недопустимо.

Так, Калинівський районний суд Вінницької області вироком від 23 лютого 2011 року визнав винним ОСОБА_1 в скоєнні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 186, ч. 2 ст. 296, ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 187, ч. 1 ст. 353, ч. 2 ст. 190, ст. 395 КК України. При обранні виду і міри покарання підсудному ОСОБА_1 суд враховує, що він раніше неодноразово притягувався до кримінальної відповідальності і відбував покарання в місцях позбавлення волі, вчинивши останні злочини під час непогашеної судимості за попередні злочини, повністю визнав вину в скоєних злочинах і розкаюються у вчиненому, негативно характеризується по місцю проживання. Тому, суд засудив ОСОБА_1 і призначив йому покарання по ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 187 КК України із застосуванням ч. 2 ст. 68 КК України – 3 роки позбавлення волі з конфіскацією 1/3 частини майна, що являється його власністю.

Відповідно до санкції ч. 2 ст. 187 КК особи, яка вчинила цей злочин, призначається позбавлення волі на строк від семи до десяти років, де половина від верхньої межі становить п'ять років. Разом з тим, залишається незрозумілим чому суд призначив таке покарання, оскільки ОСОБА_1 раніше неодноразово притягувалась до кримінальної відповідальності і відбувала покарання в місцях позбавлення волі, вчинивши останні злочини під час непогашеної судимості за попередні злочини, а також негативно характеризується по місцю проживання.

Все це ще раз підтверджує необхідність удосконалення правового регулювання правил призначення покарання за незакінчений злочин. З цього приводу в літературі існує позиція, згідно із якою для вирішення цієї проблеми пропонується кратно знижувати мінімальну межу покарання разом з верхньою або змінити розмір визначеної межі покарання, шляхом її збільшення, тобто за вчинення готування до злочину строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, або встановлення і нижньої межі покарання, нижче якої суд не може призначити покарання.

Однак вважаємо, що дві вищевказані позиції є не зовсім прийнятними з огляду на те, що перша з них досить м'яка, а друга в деяких випадках досить сувора і подекуди все одно не вирішує поставлену проблему. Тому пропонуємо переглянути сам підхід законодавця щодо визначення нижньої межі, так і щодо визначення верхньої межі найбільш суворого виду покарання при його призначенні за незакінчений злочин. У зв'язку з цим вдалим буде навести твердження М. Д. Шаргородського, який зазначав, що готування до злочину повинно тягти за собою більш м'яке покарання, ніж замах на злочин, і ще більш м'яке, ніж закінчений злочин. Близьку до названої позиції зайняли Г. І. Чечель та А. Ф. Міцкевіч. Так, Г. І. Чечель, вважає, що відсутність в діях винного передбаченої кримінальним законом шкоди в принципі в усіх випадках передбачає застосування зниженого покарання. На думку А. Ф. Міцкевіча, шкода охоронюваним і охороняючим суспільним відносинам на стадії готування до злочину менше, ніж на стадії замаху на злочини, а на стадії замаху менше, ніж при закінченому злочині, оскільки меншій деформації піддаються обидва суспільні відношення.

Тому в спеціальній літературі пропонується досить цікавий підхід, згідно із яким готування до злочину, замах на злочин і закінчений злочин відрізняються один від одного за характером своєї суспільної небезпеки або свого ступеня тяжкості. Крім цього, А. П. Козлов відзначає, що традиційний висновок про меншу суспільну небезпеку незакінченої злочинної діяльності (але не про відсутність її взагалі) виходить із закономірностей розвитку злочину. Саме тому, як зазначає автор, при визначенні суспільної небезпеки такої діяльності йде її порівняння не з можливою добровільною відмовою, а з можливим настанням злочинного результату, тобто це означає, що злочинний наслідок не настав і вже не наступить, а значить поведінка винного, що передувала йому, є не настільки небезпечною, як в тих випадках, коли б він настав.

Але подекуди на цій підставі окремі автори пропонують закріпити право суду (при засудженні винного до позбавлення волі за готування до злочину і замах на злочин) призначати більш м'яке покарання, ніж то, яке встановлено санкцією статті Особливої частини, або при засудженні за готування до злочину дозволити суду знижувати покарання без будь-якого обмеження. Проте запропоновані вище підходи є неприйнятними. Вдалим з цього приводу є і твердження А. П. Козлова, який вказує на певну несправедливість в такій ситуації, оскільки менша суспільна небезпека готування і замаху стає нібито заслугою винного, оскільки вона за необхідності виходить на менше покарання. Насправді ж, як стверджує автор, у зменшенні суспільної небезпеки незакінченого злочину заслуги винного немає, тому що тільки завдяки оточуючим особам та іншим силам злочинна діяльність припинила своє існування і будь на те воля винного розвинулася б у часі до свого логічного кінця.

Отже, з цього можна зробити висновок, що призначення покарання за незакінчений злочин повинно встановлюватись з врахуванням меж покарання для цього закінченого злочину, проте такі межі в порівнянні з останнім мають бути вужчими, тобто дещо меншими. При цьому слід наголосити, що при готуванні

до злочину, на наш погляд, правильним було б дещо знизити нижню межу найбільш суворого виду покарання, оскільки дії по підготовці до злочину ще не утворюють діяння, що становить об'єктивну сторону складу злочину до вчинення якого готується винний, а тому санкція відповідної статті кримінального закону в повній мірі не відповідає ступеню тяжкості діянь, які утворюють готування до злочину. Крім цього, про менший ступінь тяжкості готування до злочину в порівнянні із замахом на злочин чи з закінченим злочином свідчить і припис ч. 2 ст. 14 КК, згідно із яким готування до злочину невеликої тяжкості не тягне за собою кримінальної відповідальності.

На цій теоретичній базі та у зв'язку з тим, що діяння, які становлять зміст готування до злочину, ще не входять до об'єктивної сторони складу злочину, а лише направлені на її виконання, вважаємо за необхідне знизити нижню межу при призначенні покарання за готування до злочину до позначки не менше двох третин, яка визначається від нижньої межі найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. До того ж слід підкреслити, що такі правила застосовуються лише в тому випадку, коли така нижня межа є встановлена в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин.

Визначивши нижню межу покарання за готування до злочину, пропонуємо новий механізм визначення його верхньої межі, оскільки той, що закріплений в чинному КК в більшості випадках не відповідає принципам призначення покарання. Такого висновку ми прийшли на підставі аналізу застосування ч. 2 ст. 68 КК до конкретних санкцій. Наприклад, якщо застосувати правила призначення покарання за готування до злочину до санкції ст. 257 КК, яка передбачає основне покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років, то ми отримаємо верхню межу строком в сім років і шість місяців. Це означає, що межі призначення покарання, тобто різниця між максимальним і мінімальним строком найбільш суворого виду покарання, закріпленого в санкції (15-5=10 років=100%), звуться на 75% – різниця між максимальним строком найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, та нововстановленою верхньою межею цього покарання, тобто 15 р. – 7 р. 6 м. = 7 років і 6 місяців. Якщо відповідну норму застосувати до санкції ч. 1 ст. 115 КК, то такі межі вже звуться на 93,75%. А якщо до санкції ч. 2 ст. 185 КК, то межі найбільш суворого виду покарання звуться на 50%. У зв'язку з цим вважаємо, що саме останній приклад є найбільш вдалим і який в повній мірі забезпечить можливість дотримання судом під час правозастосовної діяльності принципів призначення покарання.

Враховуючи вищенаведене, пропонуємо найбільш доцільним визначати верхню межу шляхом встановлення половини від різниці між верхньою та нововстановленою нижньою межею, де цю половину додаємо до нововстановленої нижньої межі і отримуємо верхню межу найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією за готування до злочину. Проілюструємо це на прикладі. Так, санкція ч. 3 ст. 185 КК передбачає покарання у виді позбав-

лення волі на строк від трьох до шести років. При призначенні покарання за готування до цього злочину нижня межа покарання буде дорівнювати дві третіх від трьох років, тобто строком на два роки позбавлення волі. Верхня межа в такій ситуації буде визначатись шляхом визначення половини від різниці між верхньою та нововстановленою нижньою межею, яку ми встановили строком у два роки, тобто різниця між шість і два буде дорівнювати чотири роки, де половина від чотирьох буде рівною двом рокам. А тепер цю половину додаємо до нововстановленої нижньої межі, тобто два додати два буде чотири. Таким чином, санкція ч. 3 ст. 185 КК за готування до злочину буде передбачати покарання у виді позбавлення волі на строк від двох до чотирьох років. Для того, щоб було простіше визначати межі найбільш суворого виду покарання при його призначенні за готування до злочину пропонуємо встановлення останніх за допомогою формул: $НН=2/3Н$ і $НВ=Н+1/2(В-НН)$, де $Н$ – нижня межа; $В$ – верхня межа; $НН$ – нововстановлена нижня межа; $НВ$ – нововстановлена верхня межа. Всі ці межі стосуються найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК.

УХИЛЕННЯ ВІД ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА ЧИ СУДУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗУПИНЕННЯ ПЕРЕБІГУ СТРОКІВ ДАВНОСТІ ПРИТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Кучевська С.

Львівський національний університет ім. Івана Франка

1. Вже не перший десяток років у кримінальному праві України застосовуються положення інституту давності притягнення до кримінальної відповідальності. І важливі вони не лише при вирішенні кримінально-правових питань, але й для застосування низки кримінально-процесуальних положень. Загальна ідея існування цих положень випливає з того, що з часом вчинений злочин втрачає суспільну небезпеку або остання суттєво зменшується. Ця ідея прямо пов'язана з тими положеннями, які регламентують зупинку та переривання перебігу строків давності. Так, ухилення від досудового слідства та суду, що є підставою для зупинення перебігу строків давності, свідчить: особа не втрачає своєї суспільної небезпеки, продовжує негативну посткримінальну поведінку. Тому законодавець обрав підхід, згідно якого період такого ухилення не зараховується у час перебігу строків давності і звільнення особи від кримінальної відповідальності відтермінується.

2. Поряд з тим, застосування самого цього положення не позбавлене проблемних моментів. Хоч у літературі і пропонуються багато в чому однозначні

підходи, що необхідно розуміти під ухиленням від слідства та суду, проте абсолютна єдність відсутня, немає спільного бачення вирішення окремих ситуацій, не досліджено усі неоднозначності, з якими можна зустрітися. Серед можливих питань: виступає відповідне ухилення підставою чи умовою для зупинення строків давності; з якого моменту виникає ухилення від слідства, з якого – від суду; з якого моменту зупиняється перебіг давності; що охоплює ухилення; чи може бути відновлений перебіг давності з інших підстав, ніж передбачено у ч. 2 ст. 49 КК України, у цьому зв'язку – наскільки правовою є вказівка лише на «з'явлення особи із зізнанням»; як має співвідноситись ухилення від слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності; чи може ухилитися від слідства та суду будь-яка особа; як співвідносяться поняття «ухилилася» та «переховується» тощо. Про важливість однозначного і чіткого розуміння меж дії підстав для зупинення перебігу строків давності свідчить те, що звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 49 КК є обов'язковим, за винятком випадку застосування давності, передбаченого ч.4 ст. 49 КК, а також те, що строки давності виступають гарантом захисту і дотримання прав людини, і не лише підозрюваного чи обвинуваченого, але і потерпілого.

3. Послугуючись зворотом «ухилення від досудового слідства та суду» у ч. 2 ст. 49 КК, законодавець його змісту не розкрив, визначення відповідного поняття в офіційних роз'ясненнях немає. Одночасно, термін «ухилення» у КК вживається чимало кількості разів. Проте зміст його у кримінально-правовому значенні не є однаковий, оскільки таке ухилення пов'язується з різними обставинами. У КК використовується також поняття «переховується» при описі іншого випадку зупинення строків давності. У зв'язку з чим постає питання і про співвідношення понять «ухилення» і «переховування», які у літературі нерідко отожднюються. Розгляд цього співвідношення важливий і у зв'язку з застосуванням положень КПК про спеціальне досудове розслідування. Поряд з тим, існуючі у деяких примітках до статей КК визначення відповідного поняття, навіть якщо вони стосуються застосування лише певних статей, вказівка на певні ознаки у диспозиціях статей, можуть мати значення при встановленні обсягу поняття «ухилення» і у ст. 49 КК.

4. Встановлення меж ухилення від слідства і суду нерозривно пов'язано з застосуванням низки кримінально-процесуальних положень. Про таке ухилення очевидно можна говорити лише тоді, коли:

1) здійснюється кримінальне провадження. Таке включає досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність. Згідно чинного КПК, судове провадження - кримінальне провадження у суді першої інстанції, яке включає підготовче судове провадження, судовий розгляд і ухвалення та проголошення судового рішення, провадження з перегляду судових рішень в апеляційному, касаційному порядку, Верховним Судом України, а також за нововиявленими обставинами; досудове слідство, згідно КПК, - форма досудового розслідування, в якій здійснюється розслідування злочинів. Досудове розслідування - стадія кримінального провадження, яка починається з момен-

ту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності;

2) коли особа ухиляється від досудового слідства або суду (кримінального провадження). Про таке ухилення можна говорити лише тоді, коли є певні процесуальні дії, регламентовані КПК, які пов'язані з застосуванням відповідних процесуальних документів. Так, важливо не те, що особа відома органам слідства або суду, а те, що особі повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення або особа надала розписку про отримання копії обвинувального акта. Адже саме з цього моменту виникають реальні обов'язки в підозрюваної чи обвинуваченої особи щодо уповноважених органів у зв'язку з такою підозрою чи обвинуваченням. З іншого боку, ухилення від досудового слідства чи суду нерозривно пов'язано з завершенням однієї стадії і початком іншої. Проте не самі закінчення досудового розслідування і початок судового розгляду є межами для того чи іншого ухилення. В процесі кримінального провадження передбачається прийняття певних процесуальних документів. На підставі лише сукупності достатніх фактичних даних слідчий, прокурор або суддя приймають те чи інше рішення, яке об'єктивується у конкретному процесуальному документі з усіма важливими для нього реквізитами. Тому десь правильніше говорити, що підставою для зупинення перебігу строків давності виступає не те, що особа не з'явилася, наприклад, у судові засідання і що неможливо було забезпечити її прибуття до суду, зокрема і шляхом приводу, оскільки особа відсутня за місцем основного проживання і її місцезнаходження на даний момент невідоме відповідним органам, а результат того, що суд, крім наведених фактів, отримав достатньо інших підтверджень, що особа дійсно ухиляється від суду, на підставі чого вже не відкладає судовий розгляд, а зупиняє судові провадження до розшуку особи, який оголошується так само у зв'язку з ухиленням особи від суду. Так, ухилення особи від досудового слідства чи суду по суті фіксується при зупиненні судового провадження або оголошенні особи у розшук (оскільки такий засвідчує, що місцезнаходження особи невідоме). Лише у такому випадку можна говорити про конкретний день, з якого повинен зупинитися перебіг строків давності. У цьому контексті викликають деякі заперечення висловлені міркування по суті про констатацію такого ухилення при постановленні ухвали про застосування одного з запобіжних заходів або про затримання особи з метою приводу.

5. Самостійного значення в процесі розгляду питання про ухилення від досудового слідства та суду отримують положення КПК про спеціальне досудове розслідування стосовно підозрюваного, який переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності. Вирішуючи питання про ухилення в рамках дії положень цього інституту, важливим стає попереднє з'ясування змісту окремих термінів, визначення місця мети в такому ухиленні та його співвідношення з закріпленими у ч. 2 ст. 49 КК положеннями. Поряд з тим, для здійснення цього виду розслідування має бути постановлена

ухвала слідчого судді на основі поданого слідчим чи прокурором клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування. У цьому клопотанні має бути зазначено обставини про те, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду саме з метою ухилення від кримінальної відповідальності. Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з такою метою та оголошений у міждержавний та/або міжнародний розшук.

6. Відновлення перебігу строків давності за аналізованого ухилення обмежене лише двома ситуаціями – коли особа з'явилася із зізнанням або була затримана. Поряд з тим, це неабияк звужує права особи, щодо якої ведеться провадження. З'явлення із зізнанням завжди передбачає визнання особою вини, що вступає у суперечність з основними кримінально-правовими ідеями та і конституційними гарантіями.

7. Можна констатувати, що ухилення від слідства та суду передбачає з'ясування комплексу обставин та доведеність тих, що можуть свідчити про відповідне ухилення, воно не може встановлюватися навмання, коли вирішальна роль в оцінці за суб'єктивним чинником. Висновок про те, чи мало місце ухилення, повинен здійснюватися на підставі аналізу суттєвих об'єктивних проявів і по суті фіксуватися із прийняттям відповідного процесуального документу. Одночасно, чимало ситуацій за існуючих редакцій статей залишаються не виправдано поза увагою інституту давності, що потребує подальшого розгляду. Крім того, сам виклад підстави для зупинення перебігу давності у ч. 2 ст. 49 КК України не позбавлений недоліків, у зв'язку з чим можна ставити питання про внесення змін та доповнень до КК України.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПЕРЕШКОДИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

Марін О.

Львівський національний університет ім. Івана Франка

Кримінальний кодекс – інструмент протидії злочинності. Можливо не основний, але необхідний. Скільки себе пам'ятаю – держава проголошує посилення протидії (боротьби) корупції. Протягом останніх 5 років ці проголошення набувають більш гострого характеру – крім власне розмов, законодавець розпочав активну діяльність із удосконалення кримінального законодавства. Приведення вітчизняного кримінального законодавства у відповідність міжнародно-правовим зобов'язанням України, виконання вимог ЄС для запровадження безвізового режиму та просто законотворча реакція на потреби суспільства – асе це у багатьох аспектах не удосконалило «інструмент» протидії злочинності, а исто-

тно його зіпсувало. Складно уявити собі вправного майстра (а це у нашій державі ще під великим питанням) який може виправити несправність зіпсутим інструментом. Так і тут – якість кримінального закону точно є неодмінною складовою успішності держави у реалізації проголошеної політики протидії корупційній злочинності. Спробуємо виділити кримінально-правові перешкоди протидії корупції в Україні.

1. Визначення корупційного злочину та встановлення спеціального режиму кримінальної відповідальності за його вчинення.

На перший погляд, визначення у примітці до ст. 45 КК України поняття «корупційний злочин» є «проривом» у кримінально-правовому регулюванні протидії злочинності визначеного виду. Але тут є декілька «але». По-перше, визначення поняття шляхом переліку явищ, які ним охоплюються, не зовсім вдале, адже у перелік можуть попасти посягання, які у своєму конкретному прояві не будуть корупційними і навпаки: корупційними не будуть визнаватися злочини, які не містяться у переліку, але відповідають всім ознакам корупційних за своєю природою. Так, наприклад, заволодіння наркоманом головним дукарем лікарні для власного вжитку наркотичним речовинами шляхом зловживання службовим становищем навряд чи за своєю природою є корупційним злочином. Проте, відповідно до примітки до ст. 45, – однозначно є. З іншого боку – винесення суддею завідомо неправосудного рішення у провадженні за відповідну винагороду – є очевидно корупційним посяганням, яке, однак, не передбачене у примітці до ст. 45 КК України. Такий стан справ викривлює практику, не дає можливості адекватно відреагувати на суспільно небезпечні посягання і у кінцевому рахунку – не дає можливості відобразити реальний стан корупційної злочинності. Виходом із ситуації є, видається, зміна форми визначення цього поняття – шляхом вказівки на ознаки явища. Звичайно, що така форма визначення поняття дасть «ширші» можливості для правозастосовних органів у віднесенні того чи іншого посягання до корупційного, що своєю чергою може стати предметом зловживань вже з боку правозастосовних органів. Однак, ми повинні десь встановити межу довіри до системи кримінальною юстиції, оскільки надмірна формалізація правозастосовної діяльності не може дати позитивних результатів у протидії злочинності. Більше того, винахідливий розум корупціонерів від правозастосовної системи вже знайшов вихід із «спеціального режиму» кримінальної відповідальності за корупційні злочини. Так, посягання, які у примітці до ст. 45 КК України віднесені до корупційних, часто кваліфікуються за іншими статтями КК. Наприклад, практично всі види пасивного підкупу за бажання і незначної фальсифікації доказової бази можуть бути кваліфіковані як шахрайство і, відповідно, виводяться з-під дії «спеціального режиму» кримінальної відповідальності. І взагалі, чесно кажучи, цей «спеціальний режим», який по суті ускладнює застосування до корупційних злочинів можливостей індивідуалізації кримінальної відповідальності, не достатньо обґрунтований. Практика вже реагує на такий стан справ: за твердженням правозастосовувачів цей «спеціальний режим» обмежує їх у можливості ефективного здійснення кримінальних проваджень стосовно корупційних злочинів.

2. *Відсутність формальної визначеності межі суспільно небезпечного та кримінально караного у визначенні окремих корупційних злочинів.*

Намагаючись якомога сильніше реагувати на корупційні прояви у суспільстві, законодавець встановлює кримінально-правові заборони, які фактично «стирають» кордони між соціально нейтральною та суспільно небезпечною поведінкою. Це стосується, насамперед, ключового для корупційного злочину поняття «неправомірна вигода». Епопея із визначенням його змісту почалася із неправильного перекладу конвенційного поняття «неправомірна перевага». Цим можна пояснити невдалі спроби нашого законодавця вкласти у зміст поняття «вигода» немайновий чи негрошовий зміст. У результаті еволюції законодавчого розуміння цього поняття ми маємо наступне визначення: під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав. Насамперед слід відзначити неприродність сполучення (поєднання) слів «вигода» та «немайновий характер»/ «негрошовий характер». Але це не основна проблема. Серйозного вивчення потребує зміст цього поняття у наведеній частині, адже від цього залежить визнання поведінки злочинною. Ситуацію ускладнює й максимально широке коло суб'єктів, прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання якими неправомірної вигоди становить собою злочин. Так, у ст. 354 КК України таким спеціальним суб'єктом визнається працівник підприємства, установи чи організації – тобто будь-хто, хто працює незалежно від виконуваних ним функцій (тут очевидно слід враховувати службових осіб різних видів, які є суб'єктами інших злочинів). У цьому аспекті ситуація набуває ще більшої невизначеності, оскільки обмеження у поведінці та винагороді за неї щодо осіб, які працюють у публічній службі впливає з відомих конституційних норм (ч. 2 ст. 19 Конституції України), а з чого впливає порушення загальнодозвольного принципу щодо умовно кажучи приватний працівників, невідомо. Таке становище у правовому регулюванні суспільних відносин є в цілому неприпустимим, адже невизначеність кримінально-правової заборони не сприятиме її дотриманню адресатом спрямованості.

3. *Формулювання норм, які виходять за межі правил та традицій законодавчої техніки, що ускладнює їх застосування.*

Яскравим прикладом є норма, закріплена у ст. 369³ КК України «Противправний вплив не результати офіційних спортивних змагань»: вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу, примушування або підбурювання чи вступу у змову щодо результатів офіційного спортивного змагання з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи або одержання внаслідок таких діянь неправомірної вигоди для себе чи третьої особи. Запитання викликає: по-перше, місце цієї норми у системі Особливої частини КК України; по-друге, формулювання альтернативних діянь у складі об'єктивної сторони цього злочину. Видається, що родовий об'єкт відповідного посягання визначено не правильно, що вплине на інформативність відповідної заборони. Щодо об'єктивної сторони, то вона взагалі сформульована з порушенням пра-

вил законодавчої техніки, адже підкуп – родове поняття, яке охоплює як актину, так і пасивну поведінку; а підбурювання – форма співучасті у злочині.

Щодо іншого прикладу – злочину, передбаченого ст. 369² КК України «Незаконне збагачення», законодавчі потуги формулювання відповідного складу призвели до наявності у КК України заборони, яку неможливо застосувати враховуючи положення ст. 63 Конституції України.

Таким чином, часом намагання законодавця підвищити ефективність кримінально-правового регулювання протидії корупції призводить (або з високою долею ймовірності – може призвести) до зворотних результатів – створюються кримінально-правові перешкоди у цій благородній справі.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ПОСТАНОВЛЕННЯ СУДДЕЮ ЗАВІДОМО НЕПРАВОСУДНОГО СУДОВОГО АКТУ ПРО ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ АБО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно даних офіційної статистики, розпорядником якої є Генеральна прокуратура України, у 2013 р. за ст. 375 «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» Кримінального кодексу України (далі – КК України) було обліковано 52 кримінальних правопорушення, у 2014 р. – 110 таких правопорушень, а за перші дев'ять місяців 2015 р. – 174. Така динаміка, як вказує М.А. Погорельський, «... свідчить не стільки про зростання зазначених кримінальних правопорушень, скільки про посилення боротьби правоохоронних органів з цим злочином, який становить велику суспільну небезпеку для держави та суспільства в умовах необхідності прискореного проведення реформ в Україні, у тому числі в правоохоронній та судовій сферах». Ситуація, що склалася, очевидно, вимагає підвищення уваги наукової спільноти до питань кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови (далі – судового акту); при чому первинною у цьому контексті є саме кримінально-правова кваліфікація відповідних посягань.

Чи не найбільші труднощі виникають під час встановлення співвідношення між нормою, передбаченою ч. 1 ст. 375 КК України, з одного боку, та нормами, передбаченими ст. 371 «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою» КК України – з іншого.

Відомо, що ст. 371 КК України передбачає два самостійні склади злочинів, кожен з яких характеризується двома альтернативними діями: ч. 1 – завідомо незаконне затримання або незаконний привід, а ч. 2 – завідомо незаконні домашній арешт або тримання під вартою. Крім того, ч. 3 ст. 371 КК України пе-

редбачає один кваліфікований склад злочину, де ознаками, що обтяжують кримінальну відповідальність, виступають «тяжкі наслідки» та «корисливий мотив чи інший особистий інтерес».

У зв'язку з цим, не виключені випадки, коли шляхом постановлення завідомо неправосудного судового акту до особи застосовують окремі запобіжні заходи або ж заходи забезпечення кримінального провадження – незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою. Складність кримінально-правової кваліфікації таких ситуацій очевидна.

Як правило, вченими ця проблема вирішується шляхом обмеження кола осіб, які можуть виступати суб'єктом у складах злочинів, передбачених ст. 371 КК України. Наприклад, В.І. Тютюгін з цього приводу вказує: «Суб'єкт злочину спеціальний – уповноважена особа органів досудового розслідування, слідчий, прокурор, а у випадку незаконного тримання під вартою – і керівник установи, де утримується під вартою потерпілий. Дії судді, який поставляє завідомо неправосудну ухвалу про привід, затримання чи арешт, а також приймає незаконне рішення про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою чи продовження його, слід кваліфікувати за ст. 375 КК».

Вважаємо, що прихильники такого підходу припускаються методологічної помилки і видають бажане за дійсне, штучно перетворюючи склади злочинів, передбачені конкуруючими нормами, на суміжні склади злочинів, що розмежовуються за ознаками спеціальних суб'єктів обох складів. Редакція ст. 371 КК України не містить жодних положень, які б прямо чи опосередковано свідчили про те, що суб'єктами даного складу злочину не можуть виступати судді; більше того, частина з процесуальних рішень, про які йдеться у ст. 371 КК України, приймаються лише суддею чи слідчим суддею.

Також у кримінально-правовій літературі пропонується вирішувати окреслену проблему шляхом подолання конкуренції кримінально-правових норм, а саме – конкуренції загальної та спеціальної норм, остання з яких, як відомо, має перевагу. Наприклад, А. М. Бойко вказує, що «... судді за дії, передбачені ст. 371, несуть відповідальність за ст. 375, яка передбачає спеціальний склад злочину».

Очевидно, слід підтримати думку автора про те, що в розглянутих випадках дійсно йде мова про конкуренцію кримінально-правових норм; разом з тим, із встановленням функції кожної з норм в межах конкуренції даного виду погодитися складно. Справа в тому, що такі передбачені ст. 371 КК України запобіжні заходи як домашній арешт та тримання під вартою застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею, а під час судового провадження – судом (ч. 4 ст. 176 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)); те саме стосується й такого заходу забезпечення кримінального провадження як привід (ч. 2 ст. 140 КПК України). Таким чином, у випадку, коли вказані заходи були застосовані внаслідок постановлення завідомо неправосудного акту, саме норми, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 371 КК України, повинні розглядатися як спеціальні, так як в них конкретизовано зміст, а інколи – ще й вид судового акту.

Дещо складніше виглядає ситуація у випадку незаконного затримання особи, адже відповідне рішення може прийняти, зокрема, працівник органів

внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів державної прикордонної служби України та інших правоохоронних органів, до компетенції яких відповідним законом віднесено затримання. Адже у цих випадках спеціальні ознаки будуть передбачені як ч. 1 ст. 371 КК України (уточнюється зміст неправосудного судового рішення), так і ч. 1 ст. 375 КК України (де конкретизовано суб'єкта злочину).

До звуження сфери дії ст. 364 КК України ситуацію можна було б практично завжди вирішувати на основі правил подолання конкуренції кількох спеціальних кримінально-правових норм: ч. 1 ст. 364 КК України була б загальною нормою, ч. 1 ст. 371 – спеціальною нормою, яка передбачає привілейований склад злочину, а ч. 1 ст. 375 КК України – спеціальною нормою, що передбачає кваліфікований склад злочину. Сьогодні ж між вказаними нормами такий вид конкуренції може виникнути лише у випадках, коли внаслідок постановлення завідомо неправосудного судового акту про затримання особи з передбаченою ч. 1 ст. 364 КК України метою було заподіяно шкоду, яка у сто разів перевищує н.м.д.г. (наприклад, потерпілий не зумів виконати зобов'язання), а вчинене повинно отримати кримінально-правову оцінку за ч. 1 ст. 371 КК України.

У кримінально-правовій літературі В.І. Тютюгіним висловлено думку про те, що дії судді, який приймає завідомо неправосудний акт про незаконне застосування до потерпілого приводу, затримання, домашнього арешту чи тримання під вартою, за наявності ознак, передбачених ч. 3 ст. 371 КК України, «... утворює сукупність злочинів, передбачених ч. 2 ст. 375 та ч. 3 ст. 371 КК»; такий підхід П.П. Андрушко хоча і поставив під сумнів, проте власні шляхи вирішення цієї ситуації не запропонував.

З даною кваліфікацією дійсно складно погодитися, адже вона здійснена із грубим порушенням принципу недопустимості подвійного інкримінування. «Посягання, – підкреслює В.О. Навроцький, – не може кваліфікуватися за статтею Особливої частини кримінального законодавства, якщо інша стаття з числа інкримінованих цій же особі повністю охоплює скоєне». Саме така ситуація можлива у розглядуваному випадку, а оцінка постановлення завідомо неправосудного судового акту, яким до потерпілого було застосовано незаконні привід, домашній арешт або тримання під вартою, повинна здійснюватися із врахуванням наступних положень:

1) у випадку, коли спричинено тяжкі наслідки або злочин було скоєно з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах, вчинене повністю охоплюється ч. 3 ст. 371 КК України, що виступає спеціальною відносно загальної норми, передбаченої ч. 2 ст. 375 КК України. Відповідно, кваліфікувати скоєне необхідно лише за частиною статті, що передбачає спеціальну норму;

2) тоді, коли злочин вчинено з метою перешкоджання законній професійній діяльності журналіста (ця обставина передбачена у ч. 2 ст. 375 КК України як обтяжуюча), може виникати конкуренція кількох спеціальних норм: а) у випадку незаконного приводу – норми, яка передбачає кваліфікований склад злочину (ч. 2 ст. 375 КК України) та норми, яка передбачає привілейований склад злочину (ч. 1 ст. 371 КК України); б) у випадку незаконних домашнього

арешту або тримання під вартою – норми, яка передбачає кваліфікований склад злочину (ч. 2 ст. 371 КК України) і норми, яка передбачає особливо кваліфікований склад злочину (ч. 2 ст. 375 КК України). Беручи до уваги існуючі правила подолання конкуренції норм такого виду, перший випадок слід оцінювати за ч. 1 ст. 371 КК України, а другий – за ч. 2 ст. 375 КК України;

3) у випадку, коли наявні усі кваліфікуючі ознаки, передбачені і ч. 3 ст. 371, і ч. 2 ст. 375 КК України одночасно, також виникає конкуренція кількох спеціальних норм: норми про кваліфікований склад злочину (ч. 2 ст. 375 КК України) та норми про особливо кваліфікований склад злочину (ч. 3 ст. 371 КК України), яка і підлягає застосуванню.

Підсумовуючи, необхідно підкреслити: більшість розглянутих випадків становлять собою зайву, надмірну конкуренцію кримінально-правових норм, а її подолання правозастосовними органами є вкрай ускладненим. Тому вихід із цієї ситуації повинен запропонувати сам законодавець шляхом узгодження ст. 371 та ст. 375 КК України між собою.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ВОЄННОГО ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Піддубна М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В науковому повідомленні автор розглядає основні підходи, які існують щодо визначення поняття «воєнного злочину», а також пропонує авторську дефініцію цього поняття. Автор обґрунтовує, що воєнні злочини виходять за межі порушень міжнародного гуманітарного права і полягають також в інших порушеннях норм чи принципів міжнародного права. Крім того, автор розкриває ознаки воєнного злочину.

Для того, щоб з'ясувати поняття воєнного злочину в кримінальному праві України необхідно спочатку з'ясувати поняття воєнного злочину в міжнародному кримінальному праві, оскільки воєнні злочини є видом міжнародних злочинів. Як зазначає А. В. Берко, юридична природа воєнних злочинів є дуалістичною: до таких злочинів з однієї сторони відносяться злочини, що полягають в порушенні правил ведення воєнних дій (збройних конфліктів), направлені проти інтересів осіб, що безпосередньо приймають участь в цих конфліктах, а з другої сторони порушення норм міжнародного гуманітарного права, яке покликано захищати права та інтереси осіб, що безпосередньо участі у збройних конфліктах не беруть [1, с. 34–36]. Розвиваючи цю тезу, Р. Адельханян справедливо зазначає, що зводить визначення воєнного злочину лише до порушення норм міжнародного гуманітарного права не вірно [2, с. 75–80]. Він зазначає, що визначення воєнного злочину повинно зводитися не лише до злочинного порушення норм міжнародного гуманітарного права, а також і

до порушень в ході збройних конфліктів міжнародного чи внутрішнього характеру основних принципів міжнародного права (принципів *jus cogens*). До таких принципів відносяться: принцип дотримання прав і свобод людини; принцип рівноправності народів і право народів розпоряджатися своїм майбутнім; принцип мирного співіснування і суверенної рівності держав; принцип незастосування сили чи погрози застосування сили в міжнародних відносинах; принцип непорушності державних кордонів та територіальної цілісності держав; принцип співробітництва між державами.

Це прямо підтверджується міжнародними актами. Так, Римський Статут в п. 1 »b» ст. 21 зобов'язує Міжнародний кримінальний суд застосовувати принципи та норми міжнародного права, включаючи загальновизнані принципи міжнародного права збройних конфліктів [3].

Більше того, деякі діяння, що визнані воєнними злочинами, є такими не внаслідок порушення міжнародного гуманітарного права, а внаслідок порушення основних принципів міжнародного права. Зокрема, це стосується вербування, використання, фінансування та навчання найманців. В преамбулі Міжнародної конвенції про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням та навчанням найманців від 4 грудня 1989 року [4], злочинність даних діянь як воєнних злочинів обумовлена тим, що найманці вербуються, використовуються, фінансують та навчаються для діяльності, що порушує такі принципи міжнародного права, як суверенна рівність, політична незалежність, територіальна цілісність держав та самовизначення народів.

Таким чином, воєнні злочини виходять за межі порушень міжнародного гуманітарного права і полягають також в інших порушеннях норм чи принципів міжнародного права. Усі воєнні злочини в міжнародному праві об'єднані рядом спільних юридичних ознак:

1. Усі ці злочини посягають на встановлений основними принципами міжнародного права та міжнародним гуманітарним правом порядок ведення збройних конфліктів міжнародного та неміжнародного (внутрішнього) характеру. Регламентований порядок ведення воєнних дій в збройних конфліктах є основою частинно інтересів забезпечення миру та безпеки людства.

2. Перелік воєнних злочинів встановлений в документах міжнародного кримінального права. У зв'язку з цим, злочинне порушення загальновизнаних принципів міжнародного права і міжнародного гуманітарного права, вчинене під час збройного конфлікту є воєнним злочином.

У зв'язку із цим, воєнний злочин можна визначити як злочинне діяння, що полягає в порушенні встановлених основними принципами міжнародного права *jus cogens* та міжнародним гуманітарним правом правил ведення збройних конфліктів міжнародного та неміжнародного характеру та злочинність яких визначена актами міжнародного кримінального права.

Чинний КК України передбачає кримінальну відповідальність за ряд воєнних злочинів. Включення цих діянь в КК України, який набрав чинності з 2001 року, стало наслідком виконання Україною ряду міжнародних зобов'язань, які наша держава взяла на себе ратифікувавши ряд конвенцій та договорів щодо боротьби з цими явищами.

Так, на нашу думку, КК України передбачає кримінальну відповідальність за наступні воєнні злочини:

1. Мародерство (ст. 432 КК України);
2. Насильство над населення в районі воєнних дій (ст. 433 КК України);
3. Погане поводження з військовополоненими (ст. 434 КК України);
4. Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею (ст. 435 КК України);
5. Пропаганда війни (ст. 436 КК України);
6. Пропаганда, підготовка, розв'язання та ведення агресивної війни (ст. 437 КК України);
7. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України);
8. Застосування зброї масового знищення (ст. 439 КК України);
9. Розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440 КК України);
10. Екоцид (ст. 441 КК України);
11. Геноцид (ст. 442 КК України);
12. Найманство (ст. 447 КК України).

Проблема поняття воєнного злочину та визначення кола таких злочинів в кримінальному праві України є малодослідженою і потребує подальших пошуків.

1. Берко А. В. Уголовная ответственность за применение запрещенных средств и методов ведения войны: дисс...канд. юрид. наук: 12.00.08. Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / В.А. Берко. – Ставрополь, 2002. – 205 с.

2. Адельханян Р.А. Военные преступления как преступления против мира и безопасности человечества: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право / Р.А. Адельханян. – М., 2003. – 405 с.

3. Римський статут Міжнародного кримінального суду [Електронний ресурс] // Режим доступу http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_588

4. Міжнародна конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням та навчанням найманців [Електронний ресурс] // Режим доступу http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_103

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ ЗА ПРАВОМ КРАЇН РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідники порівняльного права обґрунтовано зазначають, що порівняльне право дає можливість краще пізнати національне право й удосконалювати його. З огляду на це актуальним є дослідження кримінального права зарубіжних кра-

їн про відповідальність за злочини, що посягають на встановлений порядок судочинства та виконання судових рішень. Відповідальність за зазначену групу посягань в Особливій частині Кримінального кодексу України передбачено у розділі XVIII. Необхідність порівняльно-правового дослідження обумовлюється тим, що на сьогодні в науці кримінального права є низка невирішених питань щодо систематизації норм про кримінальну відповідальність за зазначені вище злочини в системі Особливої частини КК України. З огляду на це доцільно розглянути зарубіжний досвід встановлення кримінальної відповідальності за такі діяння.

Оскільки Україна належить до групи країн романо-германської правової системи, з точки зору предмету нашого дослідження, видається доцільним розглянути першою чергою питання систематизації норм про кримінальну відповідальність за посягання на відносини у сфері судочинства та виконання судових рішень в кримінальних кодексах країн, що належать до цієї правової сім'ї.

Вчені-компаративісти зазначають, що склади злочинних діянь в Особливій частині кримінальних кодексів зарубіжних держав розміщені у відповідності з єдиним принципом – залежно від родового об'єкта злочинного посягання. В кримінальних кодексах всіх країн (за винятком Англії, де діють спеціальні закони, що встановлюють злочинність і караність конкретних діянь, і Титулу 18 Зводу законів США, в якому склади розміщені по алфавіту) злочини, що посягають на один і той самий родовий об'єкт, об'єднуються у відповідні глави.

В кримінальних кодексах багатьох європейських країн, в Особливій частині виділено окремі розділи (глави), що містять норми, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя. Ці розділи (глави) мають різні назви: «Про посягання на діяльність суду» (глава 4 розділу третього книги четвертої КК Франції), «Злочини і проступки проти правосуддя» (розділ сімнадцятий КК Швейцарії), «Злочинні діяння проти правосуддя» (двадцять перший розділ КК Австрії), «Злочини проти судової влади» (розділ XX КК Іспанії), «Злочини проти правосуддя» (глава XXX КК Республіки Польща, розділ III глави восьмої КК Республіки Болгарія).

Узагальнивши положення зазначених розділів (глав) кримінальних кодексів, можна виділити найбільш поширені норми про кримінальну відповідальність за посягання на встановлений порядок судочинства і виконання судових рішень, зокрема, це норми про кримінальну відповідальність за такі діяння:

- недонесення про достовірно відомий підготовлюваний злочин, вчиненню якого можна було запобігти (ст. 434-1 КК Франції, ч. 1 ст. 450 КК Іспанії, ст. 135 КК Нідерландів, ст. 240 КК Польщі),
- фальсифікацію доказів в різних формах (ст. 434-4 КК Франції, §§ 292, 292а, 293 КК Австрії, ч. 2 ст. 471bis КК Іспанії, ст. 287а КК Болгарії),
- знищення доказів (§295 КК Австрії, ст. 465, ч. 3 ст. 471bis КК Іспанії),
- давання завідомо неправдивих показань, неправильну експертизу, неправильний переклад (ст. 434-13 КК Франції, §§ 288, 289 КК Австрії, ст. 233 КК Польщі, ст.ст. 290, 290а, 291 КК Болгарії),
- ухилення від давання показань (умисне ухилення від давання показань судові особою, яка достовірно знає про невинуватість іншої особи, взятої під

варту до суду або відданої суду (ст. 434-11 КК Франції), відмову особи, яка публічно заявила про те, що їй відомі виконавці злочину або проступку, відповіді на питання судді, задані з цього приводу (ст. 434-12 КК Франції), неявку без поважних причин до суду або трибуналу, але лише в кримінальний процес, де підсудний знаходиться в попередньому ув'язненні, провокуючи призупинення усного судочинства (ст. 463 КК Іспанії)),

- завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (ст.ст. 303, 304 КК Швейцарії, § 298 КК Австрії, ст.ст. 456, 457 КК Іспанії, ст.ст. 234, 238 КК Польщі, ст. 286 КК Болгарії),

- неправдива підозра у вчиненні злочину або неправомірне кримінальне переслідування невинуватої у вчиненні злочину особи (§297 КК Австрії, ст. 235 КК Польщі),

- прийняття імені сторонньої особи за обставин, які потягли або могли потягнути притягнення цієї особи до кримінальної відповідальності (ст. 434-23 КК Франції), ст.ст. 306, 307 КК Швейцарії, ст.ст. 458, 459, 460, ч.1 ст. 471bis КК Іспанії),

- примушування до давання неправдивих показань або відмови від показань (ст. 434-15 КК Франції, ст. 464 КК Іспанії (вплив шляхом насильства або залякування на заявника, сторону у процесі, обвинуваченого, адвоката, прокурора, експерта, перекладача або свідка в процесі для того, щоб ті змінили свою процесуальну позицію), примушування до давання показань, пояснень, інформації або заяви шляхом застосування насильства, протизаконної погрози, або іншим способом фізичного, психічного знущання над іншою особою, вчинене посадовою особою або іншою особою, яка діє за її дорученням (ст. 246 КК Польщі), насильство або протизаконна погроза, порушення тілесної недоторканності з метою справляння впливу на свідка, експерта, перекладача, обвинувача або обвинуваченого (ст. 245 КК Польщі), ст. 287 КК Болгарії), підкуп свідка, перешкоджання його явці або відібрання його показань під присягою перед судом або перешкоджання цьому (ч. 4 ст. 471bis КК Іспанії),

- підкуп, залякування, перешкоджання посадовій особі суду з метою зобов'язати або спонукати її не виконувати свої службові обов'язки (ч. 5 ст. ст. 471bis КК Іспанії), підкуп суддів, членів Арбітражного суду, присяжних засідателів, експерта, перекладача (ст.ст. 434-9, 434-19 і 434-21 КК Франції), помсту посадовій особі суду у зв'язку з виконанням нею чи іншою посадовою особою цього органу своїх службових обов'язків, помсту свідку за його показання під присягою перед судом (ч. 6 ст. ст. 471bis КК Іспанії), вплив на офіційну діяльність суду шляхом насильства або протизаконної погрози (ст. 232 КК Польщі), схилення посадової особи органів досудового слідства, прокурорських або судових органів до порушення своїх службових обов'язків по здійсненню правозастосовної діяльності (ст. 289 КК Болгарії),

- вимагання або прийняття неправомірної вигоди (хабара) службовою особою суду (ч. 7 ст. 471bis КК Іспанії),

- розголошення даних досудового слідства чи судового розгляду до остаточного вирішення справи (за ст. 434-16 КК Франції (за коментуюче повідомлення про справі до остаточного винесення судового рішення з метою справити

тиск на свідків, слідчі органи або суд), заборонене опублікування (§ 301 КК Австрії, ст. 466 КК Іспанії, ст. 241 КК Польщі),

- приховування злочину чи злочинця (§299 КК Австрії, ст. 305 КК Швейцарії (приховування особи від кримінального переслідування, виконання щодо неї покарання чи застосування інших заходів кримінально-правового характеру) ст. 451 КК Іспанії, ст. 239 КК Польщі, ст. 294 КК Болгарії),

- надання адвокатом чи прокурором поради або взяття на себе захисту чи представництво іншої особи без згоди особи, яку він захищає або представляє по цій же справі з протилежними інтересами (ст. 467 КК Іспанії, § 356 КК ФРН),

- ухилення особи від відбування тих заходів кримінально-правового впливу, що покладені на неї вироком чи іншим рішенням суду (ст. 486 КК Іспанії, ст. 244 КК Польщі, ст.ст. 293а, 296, 297, 298 КК Болгарії),

- надання допомоги у втечі засудженого з установи виконання покарань посадовою особою цієї установи або незаконне звільнення засуджених (ст. 310 КК Швейцарії, ст. 471 КК Іспанії, §300 КК Австрії, ст. 242 КК Польщі, ст. 299 КК Болгарії).

В більшості кримінальних кодексів інших країн, що належать до романо-германської правової системи, передбачено кримінальну відповідальність за зазначені вище діяння, однак відповідні норми розміщені в інших розділах (главах) кримінальних кодексів, що містять норми про кримінальну відповідальність за посягання на інші групи суспільних відносин або на відносини щодо здійснення судочинства чи виконання судових рішень в окремих аспектах.

В деяких країнах, що належать до романо-германської правової системи, розділи про злочини проти правосуддя поділяються на глави, що містять норми про кримінальну відповідальність за окремі групи злочинів проти встановленого порядку судочинства чи виконання судових рішень, що виділені законодавцем за так званим видовим об'єктом (КК Іспанії, КК Грузії). Так, у КК Іспанії виділено окремих розділ XX „Злочини проти судової влади». Цей розділ містить такі глави: «Про посадові злочини» (глава I), «Про невиконання обов'язку перешкоджати вчиненню злочинів і обов'язку кримінального переслідування» (глава II), «Про приховування» (глава III), «Про незаконне здійснення власного права» (глава IV), «Про неправдиве обвинувачення, неправдивий донос і про симуляцію злочинів» (глава V), «Про неправдиве свідчення» (глава VI), «Про обструкцію правосуддю і порушення професійного обов'язку» (глава VII), «Про порушення вироку» (глава VIII). Отже, у розділі XX КК Іспанії передбачено кримінальну відповідальність за посягання на відносини у сфері судочинства на всіх стадіях провадження, і, крім того, відносини щодо виконання судових рішень. Зазначені злочин згруповані і у підрозділи за видовими об'єктами.

Подібний порядок систематизації норм про кримінальну відповідальність за злочини, що посягають на встановлений законодавством порядок судочинства і виконання судових рішень, здійснений у КК Грузії. Зокрема, у КК Грузії зазначена група норм поміщена в розділ «Злочини проти судової влади», яка складається з глав, де відповідні норми згруповані законодавцем за так званим видовим об'єктом. Зокрема, в цьому розділі містяться такі глави: глава XLI «Злочини проти діяльності судових органів», глава XLII «Злочини проти процесуального порядку

отримання доказів», глава XLIII «Злочини, спрямовані проти своєчасного попередження та розкриття злочинів», глава XLIV «Злочини проти виконання судових актів». Загалом такий підхід до систематизації норм про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя - за ознакою видового об'єкта, - видається правильним з огляду на те, що Особлива частина кримінального закону поділяється на структурні частини, виходячи з об'єкта відповідних складів злочинів.

У розділі сімнадцятому КК Швейцарії, що має назву «Злочини і проступки проти правосуддя», як і в розділі XVIII Особливої частини КК України, розміщені норми про злочини з трьома видовими об'єктами: проти власне порядку здійснення судочинства судом, проти встановленого порядку досудового розслідування, тобто загалом – проти встановленого порядку судочинства (ст.ст. 303, 304, 305, 305bis, 305ter, 306, 307), а також група норм, що передбачають кримінальну відповідальність за посягання на встановлений порядок виконання судових рішень (ст.ст. 310, 311).

Водночас у кримінальних кодексах деяких країн романо-германської правової системи відсутній окремий підрозділ, що містив би норми, присвячені кримінально-правовій охороні всього комплексу відносин у сфері судочинства і виконання судових рішень, - зазначені норми розміщені в інших структурних частинах кодексів, що передбачають кримінальну відповідальність за посягання на інші групи суспільних відносин або на правовідносини щодо здійснення державної влади загалом – не лише у сфері судочинства і виконання судових рішень. Зокрема, йдеться про кримінальні кодекси таких країн як ФРН, Нідерланди, Швеції, Данії). Так, в Особливій частині КК ФРН встановленню кримінальної відповідальності виключно за діяння, що посягають на встановлений порядок судочинства в окремих його аспектах, присвячений розділ дев'ятий, що має назву «Неправдиві показання і лжеприсяга», розділ десятий «Неправдиве обвинувачення», розділ двадцять перший «Допомога після вчинення злочину і розпорядження майном, здобутим злочинним шляхом». Водночас частина норм, що передбачають кримінальну відповідальність за посягання на встановлений порядок судочинства і виконання судових рішень, передбачені в розділах, що містять норми про кримінальну відповідальність за посягання на інші групи суспільних відносин, зокрема, в розділі сьомому «Злочини проти громадського порядку», розділі тридцятому «Злочини, вчинені на посаді в державних органах».

ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ

Панчак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Примусові заходи медичного характеру є одним із кримінально-правових наслідків (іншим заходом кримінально-правового характеру), що застосовується в

примусовому порядку судом та полягає в суттєвому обмеженні прав та свобод особи. У ч.ч. 2 і 3 ст. 19, ч. 2 ст. 20, ч. 1 ст. 84, ст. 93 КК України вказується, що застосування примусових заходів медичного характеру є правом, а не обов'язком суду. Тому важливо встановити для суду чіткі підстави застосування примусових заходів медичного характеру (далі - ПЗМХ). Однак, на жаль, конкретних та однозначних критеріїв чи орієнтирів для реалізації судом наданого йому права в законі не визначено. У ч. 1 ст. 94 КК України лише зазначено критерії вибору одного з видів ПЗМХ. Дещо більше інформації для суду є у статтях КПК України, проте закріплені там положення є неоднорідними і також потребують свого тлумачення. Так, КПК України у ч. 3 ст. 503 містить правило про те, що кримінально-правова оцінка суспільно небезпечного діяння, вчиненого у стані неосудності, повинна ґрунтуватися лише на відомостях, які характеризують суспільну небезпеку вчинених дій. При цьому не враховуються попередня судимість, факт вчинення раніше кримінального правопорушення, за який особу звільнено від відповідальності або покарання, факт застосування до неї ПЗМХ. А у ч. 4 цієї ж статті вказує, що ПЗМХ застосовуються лише до осіб, які є суспільно небезпечними. Напевно саме через відсутність однозначних підстав застосування ПЗМХ на практиці майже у всіх випадках (якщо сторони не заперечують) судді застосовують тоді і такий вид ПЗМХ, коли і на який вказує експерт (щодо зміни чи припинення їх, то у 99,9(9) % випадків суди погоджуються з висновком експертів).

У кримінально-правовій науці вказана проблема також є дискусійною. Так, В. М. Бурдін пропонує надавати пріоритетне значення характеру та тяжкості психічного розладу у вирішенні питання про застосування ПЗМХ та обрання конкретного виду цих заходів. М. М. Книга наполягає на врахуванні при цьому лише суспільної небезпечності особи, при цьому особа вважається суспільно небезпечною, якщо вона заподіює чи виявляє наміри заподіяти шкоду собі, оточуючим або охоронюваним законом правам та інтересам особи або держави, а також коли існує реальна можливість заподіяння цією особою такої шкоди. В такому стані, вказує далі цей же автор, може перебувати не тільки особа, яка вже вчинила правопорушення, а й особа, яка готує його вчинення або її психічний стан створює загрозу заподіяння нею шкоди оточуючим чи собі. Суспільна небезпечність особи триває у часі, оскільки вона виникає до моменту вчинення суспільно небезпечного діяння, реалізується в момент його вчинення і може й надалі продовжувати існувати як потенційна загроза вчинення нового діяння. І. В. Жук пропонує вважати підставами застосування ПЗМХ сукупність достовірно встановлених даних, що свідчать про суспільну небезпечність психічно хворої особи, якою було вчинено суспільно небезпечне діяння у стані неосудності чи злочин у стані обмеженої осудності, або яка захворіла на психічну хворобу під час відбування покарання чи до постановлення їй вироку.

Ми не можемо погодитися з позицією про визнання підставою застосування ПЗМХ лише характеру та тяжкості захворювання, оскільки дотримуємося підходу, що ПЗМХ є одним із кримінально-правових наслідків вчинення суспільно небезпечних діянь (злочинів), а не існує прямої залежності та зумовленості між характером і тяжкістю захворювання та як самим фактом вчинення, так і

характером та ступенем суспільної небезпеки вчиненого діяння. Проте характер та тяжкість захворювання, поряд із іншими обставинами, повинен братися до уваги при визначенні виду застосовуваного ПЗМХ. Що ж до суспільної небезпечності психічно хворої особи як самостійної підстави, то така також, вважаємо, не є досконалою, оскільки, як і будь-яке оціночне словосполучення, потребує своєї конкретизації і наповнення змістом. Так, один із авторів наведеної позиції вбачає вираження суспільної небезпеки особи у заподіянні, виявленні наміру чи реальної можливості заподіяти шкоду охоронюваним об'єктам. З огляду на наведене, такий підхід містить загрозу визнання усіх осіб, які страждають на психічні розлади (психічні захворювання) і щодо яких суд вбачатиме небезпеку вчинення ними в майбутньому суспільно небезпечних діянь, суспільно небезпечними, а відтак це буде підставою застосування кримінально-правового наслідку (ПЗМХ) до такого «потенційного злочинця», фактично лише через наявне у нього психічне захворювання (розлад), яке, на думку правозастосовника, може призвести в майбутньому до вчинення цією особою суспільно небезпечного діяння. Як видно із наведеної вище цитати, її автор дійшов саме до такої крайності. Однак, як вже було доведено в науковій літературі (М. М. Книга), суспільну небезпечність особи не можна ототожнювати навіть з неосудністю, неосудні не завжди становлять більшу суспільну небезпечність, ніж обмежено осудні особи чи особи, які мають психічні розлади в межах осудності. Тому, ми вважаємо, що суспільна небезпека особи повинна визначатися вчиненням нею суспільно небезпечним діянням, і, окрім того, ми стоїмо на позиції, що причини вчинення злочинів мають не лише біологічну, а й соціальну природу.

Оскільки, ПЗМХ є одним із кримінально-правових наслідків вчиненого суспільно небезпечного діяння, то, вважаємо, суд, вирішуючи питання про те, чи застосовувати до особи ПЗМХ, повинен брати до уваги сукупність таких підстав:

1) особа на момент застосування до неї ПЗМХ повинна мати психічний розлад (психічне захворювання), яке позбавляє її можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними. Законодавець в КК на цьому не наголошує, проте наголошує в КПК: відповідно до ч. 4 ст. 513 КПК України, якщо буде встановлено, що суспільно небезпечне діяння особа вчинила у стані неосудності, а на момент судового розладу видужала або внаслідок змін у стані її здоров'я відпала потреба в застосуванні ПЗМХ, суд постановляє ухвалу про закриття кримінального провадження щодо застосування ПЗМХ. Таку ж ухвалу суд постановляє і в разі видужання особи, яка після вчинення кримінального правопорушення захворіла на психічну хворобу (ч. 5 ст. 513 КПК України). Аналогічне роз'яснення міститься і в абз. 3 п. 16 Постанови Пленуму ВСУ від 03.06.2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування». Враховуючи наведене, законодавчий перелік осіб, до яких можуть бути застосовані ПЗМХ (ст. 93 КК України) є неточним і неповним, з огляду на наступне. По-перше, він не містить вказівки на осіб, які вчинили злочини в стані обмеженої осудності, проте до постановлення вироку або під час відбування покарання захворіли на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними, адже правовий

статус таких осіб є такий же, як і осіб, які вчинили злочин у стані осудності і в подальшому захворіли на психічну хворобу. І, по-друге, п. 3 цієї статті не містить уточнення, що відповідне захворювання повинне позбавляти особу можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними. Обидві описані вище законодавчі прогалини відповідним чином заповнив Пленум ВСУ у своїй Постанові (абз. 2 п. 5; абз. 3 п. 6), хоча і вийшовши за межі своїх повноважень.

Що ж до осіб, які вчинили у стані обмеженої осудності злочини, то на момент застосування ПЗМХ у них повинен бути наявний психічний розлад, що позбавляє їх можливості в повній мірі усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними. Хоча варто погодитися з В. М. Бурдіним, що до таких осіб не слід застосовувати ПЗМХ, оскільки вони самі можуть з власної волі вирішувати, чи звертатися їм за психіатричною допомогою, чи ні;

2) особа вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під об'єктивні ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК, чи злочин. Щодо першого (суспільної небезпеки діяння), то зрозуміло, що якщо особа добровільно відмовилася від доведення злочину до кінця чи діяла за наявності обставин, що виключають злочинність діяння, або вчинила малозначне діяння, будучи в стані осудності чи навіть обмеженої осудності і навіть захворівши після вчинення діяння на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними, то до такої в жодному разі не можуть бути застосовані ПЗМХ, оскільки підставою застосування таких завжди є вчинення особою суспільно небезпечного діяння чи злочину. Якщо ж неосудна особа не довела до кінця розпочате нею суспільно небезпечне діяння, самостійно прийнявши таке рішення без втручання жодних об'єктивних причин, то вважати, що в її діяннях мала місце добровільна відмова не можна. Адже обов'язковою ознакою добровільної відмови є припинення особою діяння за своєю волею, а воляова сфера неосудної особи завжди є порушеною психічним захворюванням. Тому таке незакінчене діяння не втрачатиме своєї суспільної небезпеки (така матиме лише менший ступінь), а отже, до такої особи можуть бути застосовані ПЗМХ. Якщо ж на момент вчинення діяння було суспільно небезпечним, проте після втратило цю ознаку (наприклад, у зв'язку із зміною обстановки), то у такому випадку ПЗМХ не можуть бути застосовані. Що ж до другого, то вказівка на «передбаченість діяння Особливою частиною КК», яка міститься в ст. 92 КК України, є занадто широкою, оскільки, зрозуміло, що суспільно небезпечні діяння, вчинені неосудними особами, не можуть містити також і усіх обов'язкових ознак суб'єктивної сторони відповідного складу злочину, враховуючи взаємообумовленість та взаємозалежність ознаки осудності та ознак суб'єктивної сторони складу злочину. Що ж до ознак суб'єкта злочину, то таке діяння повинне містити ознаку «вчинення фізичною особою» та ознаку спеціального суб'єкта (якщо така передбачена в Особливій частині як обов'язкова для відповідного складу злочину). Встановлення ж ознаки віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, не є обов'язковим. Тобто, підсумовуючи, якщо в ході кримінального провадження, у якому постало питання про застосування до особи ПЗМХ, буде встановлено, що у вчиненому особою діянні відсу-

тня хоча б одна обов'язкова об'єктивна ознака складу злочину чи ознака спеціального суб'єкта злочину, які передбачені в статті Особливої частини КК, чи суспільна небезпека як ознака діяння (злочину), то до неї не можуть бути застосовані ПЗМХ. Хоча вона може бути піддана примусовому психіатричному лікуванню з підстав, що визначені в законі України «Про психіатричну допомогу»;

3) щодо осіб, які в стані неосудності вчинили суспільно небезпечні діяння чи в стані обмеженої осудності злочини, це також наявність зв'язку між вчиненням суспільно небезпечним діянням (злочином) та психічним захворюванням (розладом). Слід наголосити, однак, що цей зв'язок не обов'язково повинен бути причинно-наслідковий, адже, як стверджує М. М. Книга, навіть у неосудних осіб психічний розлад не є безпосередньою причиною вчинення суспільно небезпечних діянь (лише у 7,8 % випадків психічний розлад стає безпосередньою причиною вчинення суспільно небезпечних діянь). Якщо такий зв'язок не буде встановлено, тобто якщо суспільно небезпечне діяння (злочин) не було вчинено особою під впливом психічного розладу (психічного захворювання), то, вважаємо, суд не може застосувати до особи ПЗМХ. Проте особа може підлягати примусовому лікуванню на підставі Закону України «Про психіатричну допомогу», за наявності підстав, вказаних у цьому законі.

Нарешті, хочемо наголосити, що вище виділені підстави для прийняття судом рішення про те, чи застосовувати чи не застосовувати ПЗМХ, і такі не варто змішувати із підставами вибору судом виду застосовуваного ПЗМХ, якими в ч. 1 ст. 94 КК України законодавець називає: характер та тяжкість захворювання, тяжкість вчиненого діяння, ступінь небезпечності психічно хворого для себе або інших осіб.

Отже, підставами застосування ПЗМХ є наявність в особи на момент їх застосування психічного розладу (психічного захворювання), яке позбавляє її можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними; вчинення суспільно небезпечного діяння, що підпадає під об'єктивні ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК, чи злочину; а також щодо осіб, які в стані неосудності вчинили суспільно небезпечні діяння чи в стані обмеженої осудності злочини, наявність зв'язку між вчиненням суспільно небезпечним діянням (злочином) та психічним захворюванням (розладом).

СПЕЦІАЛЬНІ НОРМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Сень І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Останнє десятиліття ознаменувалося появою у праві європейських держав цілого напрямку дослідження під загальною назвою «право та соціальні норми» (the study of law and social norms) [1, с. 467]. Це неспроста, адже норми права є первинним елементом системи права як теоретичної основи системи законодавства.

Тому наповнення правової норми повинне відповідати основній спрямованості законодавства – ефективному врегулюванню суспільних відносин.

Розробка проблем, пов'язаних з удосконаленням кримінального законодавства, передбачає, в першу чергу, поглиблений аналіз кримінально-правових норм як в цілому, так і спеціальних норм зокрема.

Останні роки кримінальне законодавство розвивалося, як правило, за рахунок доповнення Кримінального кодексу України спеціальними нормами. Зокрема, серед найновіших доповнень Кримінального кодексу України статтями, що містять спеціальні норми, можна назвати такі статті: ст.220-2 «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи» (внесена у КК України 16.07.2015), ст.ст. 345-1 «Погроза або насильство щодо журналіста», 347-1 «Умисне знищення або пошкодження майна журналіста», 348-1 «Посягання на життя журналіста», 349-1 «Захоплення журналіста як заручника» (внесені 14.05.2015), ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності» (02.03.2015) і цей перелік можна продовжувати.

Вважається, що виділення спеціальних норм пов'язане з розвитком суспільних відносин, який зобов'язує законодавця формально закріплювати диференціацію суспільно-небезпечних діянь, деталізуючи та уточнюючи загальні норми спеціальними.

Призначення спеціальних норм – досягнення найбільшої ефективності регулювання. Однак чи завжди це так, адже за умови наявності великої кількості спеціальних норм, можуть виникати складнощі при кваліфікації скоєного кримінального правопорушення, а саме: яку ж кримінально-правову норму застосовувати, яка із них найкраще відображає склад скоєного злочину?

На думку С. С. Алексєєва, суть виділення спеціальних норм полягає в тому, що у праві відбувається та посилюється «розподілення праці», в результаті якого окремі норми все більше диференціюються на виконання різних операцій, конкретизується їх зміст, і здійснюється інтеграція правового регулювання [2, с. 52].

В загальній теорії права, зокрема вчений О. Ф. Йоффе, розподіляє норми на загальні, спеціальні та виключні [3, с. 169].

Такий же підхід застосовується і до норм кримінального права. Так, М. М. Свідлов пропонує за об'ємом правового регулювання норми кримінального права поділяти на загальні, спеціальні та виключні.

При цьому, науковець наголошує, що загальні норми не слід ототожнювати з нормами Загальної частини Кримінального кодексу. Загальна норма регулює родову групу суспільних відносин [4, с. 13].

Спеціальні ж норми автор визначає як правила поведінки, встановлені для зміни способу, а в інших випадках і зміни меж регулювання певного виду суспільних відносин, рід яких регулюється іншою (загальною) кримінально-правовою нормою [5, с. 6-8].

Взаємозв'язок між загальною та спеціальною нормами характеризується співвідношенням понять «рід-вид». В загальній нормі сформульований родовий склад злочину, а в спеціальній – видовий. Спеціальна норма передбачає або більш

сувору, або пом'якшену відповідальність, порівняно із загальною нормою. Спеціальна норма більш конкретна за змістом, встановлює особливі прийоми регулювання і тому має пріоритет перед загальною нормою. Одночасне застосування загальної та спеціальної норм за скоєння одного діяння недопустиме. А наявність спеціальної норми означає неможливість застосування загальної норми до діянь, які містять всі ознаки складу злочину, передбаченого спеціальною нормою.

Загальна норма виступає в якості резервної для тих випадків, коли відповідальність за даний вид злочину спеціальними нормами не передбачена [6, с. 47].

Прикладом співвідношення загальної та спеціальної норм є норми, передбачені статтями 115-118 Кримінального кодексу України. Так, норми статей 116 «Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання», 117 «Умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини», 118 «Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця» є спеціальними по відношенню до норми ч. 1 ст. 115 КК України, яка передбачає простий склад умисного вбивства. Тому саме вони підлягають застосуванню, якщо скоєне містить всі ознаки складу злочину, передбаченого однією з цих статей.

Більше того, у співвідношенні загальної та спеціальної норм перебувають також більшість норм, передбачених в одній статті Кримінального кодексу. Тут ідеться про взаємозв'язок простих, кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів злочину.

Одним із багатьох прикладів слугує ч. 2 ст. 115 КК України, яка передбачає кваліфіковані склади умисного вбивства і є спеціальною по відношенню до ч. 1 цієї статті.

Однак і тут виникають питання про здійсненні кваліфікації скоєного. Виходячи із їх співвідношення «загальна-спеціальна норми», в науці кримінального права пояснюється перевага кваліфікованого складу над простим, а особливо кваліфікованого над кваліфікованим складом злочину. Саме тому стверджується, що кваліфікація повинна здійснюватися лише за одною частиною статті, яка передбачає найбільш тяжкий злочин. Проте окремі науковці ставлять питання, чи не буде тоді порушено принцип повноти кваліфікації? Як приклад, слід навести статтю 185 Кримінального кодексу України «Крадіжка». Зокрема, чи буде крадіжка, поєднана з проникненням у житло, інше приміщення чи сховище (ч. 3 ст. 185) спеціальною нормою по відношенню до крадіжки, вчиненої за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 185)?

Також слід зазначити, що співвідношення загальної і спеціальної кримінально-правових норм є відносним, оскільки певна кримінально-правова норма може бути загальною відносно однієї і спеціальною відносно іншої норми. Зокрема та ж норма, передбачена ч. 2 ст. 115 КК України є спеціальною відносно загальної норми ч. 1 ст. 115 КК України, але одночасно вона (зокрема, п. 8 ч. 2 ст. 115, у якому передбачено умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового чи громадського обов'язку) є загальною нормою відносно норм статей 348 «Посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону

або військовослужбовця» і 379 «Посягання на життя судді, народного засідателя чи присяжного у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя», які відносно ч. 2 ст. 115 КК України є спеціальними нормами.

Інколи також виникають питання правильної кваліфікації, якщо із загальної норми за різними критеріями виділено декілька спеціальних норм. Так, із статті 364 «Зловживання владою або службовим становищем» виділено спеціальні норми, закріплені у статтях 371 «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою» та 375 «Постановлення суддею (судьями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови». Невирішеним залишається питання кваліфікації при постановленні слідчим суддею, наприклад, завідомо незаконної ухвали про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. За якою із вищезазначених норм кваліфікувати такі діяння: за нормою статті 371, яка виділена за матеріальною ознакою (тобто, за змістом прийнятого рішення), чи за нормою статті 375, виділеною із загальної за формальною ознакою (суддівська посада особи, яка прийняла незаконне рішення)?

Ще одним важливим питанням є проблема розрізнення спеціальної та виключної норм. Хоч багато вчених ототожнюють ці поняття, є науковці, зокрема М.М. Свідлов, які наводять відмінність між ними. Тому виникає питання про необхідність розмежування спеціальної та виключної норм в теорії кримінального права та його значення для кваліфікації злочинів.

Є твердження, що виключна норма, як і спеціальна, виділяється із загальної норми, і вони обидві являють собою в певному сенсі виняток із загальних правил. Однак сутність виключної норми, на відміну від спеціальної, полягає в протилежному способі регулювання окремого виду відносин. При цьому кінцеве регулювання здійснюється не тільки виключною, але й іншою нормою [4, с. 14-15].

Наглядним прикладом може слугувати стаття 64 Кримінального кодексу України, яка у частині 1 встановлює умови встановлення покарання у виді довічного позбавлення волі. У той же час, у частині 2 цієї статті зазначено, що довічне позбавлення волі **не** застосовується до осіб, що вчинили злочини у віці до 18 років і до осіб у віці понад 65 років, а також до жінок, що були в стані вагітності під час вчинення злочину або на момент постановлення вироку, тобто частина 2 статті 64 встановлює обмеження застосування цього виду покарання. Звідси можна зробити висновок, що завданням виключної норми є звуження меж дії загальної норми. Подібних прикладів в Загальній частині Кримінального кодексу України можна знайти чимало.

Підсумовуючи все вищенаведене, можна зазначити, що спеціальні норми з'являються в Кримінальному кодексі України в результаті диференціації правового регулювання і перебувають із загальними у співвідношенні «рід-вид». Однак незважаючи на загальне призначення виділення спеціальних норм – досягнення ефективності регулювання, багато питань у зв'язку із цим залишається невирішеними, що свідчить про необхідність їх подальшого дослідження та обґрунтування.

1. Robert Weisberg, Norms and Criminal Law, and the Norms of Criminal Law Scholarship, 93 J. Crim. L. & Criminology 467 (2002-2003)

2. Алексеев С. С. Структура радянського права / С.С.Алексеев. – М. – 1975. – 263 с.
3. Йоффе О. С. Питання теорії права / О. С. Йоффе, М. Д. Шаргородський. – М.: Юридична література, 1961. – 381 с.
4. Свидлов Н. М. Види норм и квалификация преступлений следователем: Лекция / Н. М. Свидлов. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1986. – 24 с.
5. Свидлов М. М. Спеціальні норми в кримінальному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / М. М. Свидлов. – М., 1979. – 19 с.
6. Тарарухин С. А. Квалификация преступлений в следственной и судебной практике. Научно-практическое издание / С. А. Тарарухин. – К.: «Юринком», 1995. – 208 с.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЗГОДИ ОСОБИ ПРИ ПОСЯГАННІ НА СТАТЕВУ СВОБОДУ ТА НЕДОТОРКАНИСТЬ

Сибаль О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із проявів принципу диспозитивності у кримінальному праві є згода особи на заподіяння шкоди її правоохоронюваним інтересам. Статева свобода відноситься до тих охоронюваних кримінальним законом благ людини, якими вона може вільно розпоряджатися на власний розсуд. У зв'язку із цим актуальним є питання про кримінально-правове значення згоди особи на вчинення щодо неї суспільно небезпечних діянь, передбачених Розділом IV Особливої частини КК України («Злочини проти статевої свободи та недоторканості»).

Якщо природний чи неприродний статевий акт здійснюється за згодою статевозрілої особи, що досягла 16-ти річного віку, то проблем із юридичною оцінкою не виникає. Таке діяння є правомірним з огляду на відсутність: по-перше, обов'язкових для злочинів, передбачених ст. ст. 152, 153 КК України, насильства, погрози його застосування або використання безпорадного стану особи; по-друге, примушування у складі злочину, передбаченому ст. 154 КК України; по-третє, потерпілих у злочинах, передбачених ст. ст. 155, 156 КК України.

Труднощі можуть виникати при кримінально-правовій кваліфікації наступних діянь:

- добровільний природний чи неприродний статевий акт, поєднаний із насильством, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану особи (садомазохістські статеві зносини);
- добровільний природний чи неприродний статевий акт з особою, яка не досягла статевої зрілості;
- добровільний природний чи неприродний статевий акт зі статевозрілою особою, яка однак не досягла 16-ти річного віку.

У практиці статевого життя людей відомі випадки так званих садомазохістських статевих зносин, де сексуальне збудження досягається шляхом добровільного завдання партнерами один одному фізичного болю та вчинення інших насильницьких дій (наприклад, зв'язування, підвішування, биття плітками, домінування, жорстоке поводження, моральне та фізичне приниження тощо), що з точки зору кримінального права може бути оцінено щонайменше як побोї, мордування чи легкі тілесні ушкодження. Крім того, такі діяння формально схожі зі звалтуванням та насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, адже поряд зі статевим актом до особи застосовується фізичне насильство, погроза його застосування або використовується її безпорадний стан.

У деяких іноземних державах (зокрема, Великобританії, Нідерландах, Німеччині) існують так звані клуби BDSM, у яких клієнту цілком легально можуть надати садомазохістські сексуальні послуги. Для того, щоб така поведінка не носила злочинного характеру, усі учасники зобов'язані неухильно дотримуватись принципів безпеки, розумності та добровільності. Зокрема, принцип добровільності передбачає використання так званих «стоп-слів», або слів спасіння, за допомогою яких партнер у підпорядкованій ролі може змінювати хід сценарію, попереджуючи того, хто застосовує силові прийоми, про небезпеку. Іноземній практиці відомі випадки арештів членів цих клубів на тій підставі, що хоча садомазохістська взаємодія і добровільна, вона завдає шкоду здоров'ю людини. Однак адвокати у виправданні діяльності таких клубів проводять паралель зі спортивними змаганнями, які теж нерідко шкодять здоров'ю спортсменів, тим більше, що дорослі люди мають право на недоторканність їх приватного життя, елементами якого є сексуальні схильності (Див.: Дерягин Г. Б. Криминальная сексология. Курс лекций для юридических факультетов / Г. Б. Дерягин. – М.: Цит-М, 2008. – С. 163–166).

Хоча за діючим КК України створення та утримання місць розпусти заборонено, садомазохістські статеві зносини цілком можуть мати місце під час приватного статевого спілкування людей, у зв'язку із чим постає питання про їх кримінально-правову оцінку. Сьогодні в Україні це питання неврегульоване, тому у правозастосовчій практиці щодо таких випадків можуть прийматись різні рішення. Варто зазначити, що для теорії кримінального права це питання не є новим. Так, наприклад, М. В. Панов, досліджуючи згоду потерпілого як обставину, що виключає злочинність діяння, стверджує, що у соціальній практиці схожі відносини вважаються допустимими за умови, що вони є лише елементами сексуальної гри і не завдають істотної шкоди здоров'ю особи. (Див.: Панов М. В. Уголовно-правовое значение согласия потерпевшего на причинение вреда своему здоровью: автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исправительное право» / М. В. Панов. – М., 2011. – С. 14).

Обґрунтовуючи правомірність заподіяння шкоди під час добровільних статевих зносин, слід враховувати, що у такому разі відсутнє посягання на статево свободу особи як об'єкт злочинів, передбачених Розділом IV Особливої частини КК України. Адже такі діяння, навіпаки, є проявом статевої свободи людини, її сексуальних схильностей та елементом приватного життя, недотор-

канність якого гарантована Конституцією України. Відповідно не можна говорити про заподіяння шкоди цьому об'єкту кримінально-правової охорони.

Однак невизначеним залишається питання про те, завдання шкоди якого ступеня тяжкості у цьому випадку слід вважати допустимим. Вважаємо, що правомірним необхідно визнавати заподіяння побоїв та легких тілесних ушкоджень з огляду на наступне. Відповідно до п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30. 05. 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та недоторканості» завдання під час згвалтування та задоволення статевої пристрасті неприродним способом побоїв та легких тілесних ушкоджень повністю охоплюється цими складами злочинів і додаткової кваліфікації за сукупністю зі злочинами, передбаченими ст. ст. 125, 126 КК України, не потребує. Тому, якщо припустити, що згода особи виключає злочинність садомазохістських статевих зносин, які, у свою чергу, формально схожі зі згвалтуванням чи задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, то правомірним необхідно визнавати не лише статевий акт, а й побої та легкі тілесні ушкодження як можливі складові цієї поведінки. Якщо ж під час садомазохістських статевих зносин завдається тяжка шкода (середньої тяжкості та тяжкі тілесні ушкодження, а також смерть особи), яка не охоплюється основним складом згвалтуванням чи задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, вчинене слід кваліфікувати на загальних підставах з урахуванням форми вини як відповідний злочин проти життя та здоров'я особи.

Наступна група досліджуваних діянь охоплює вчинення добровільного природного чи неприродного статевого акту з особою, яка не досягла статевої зрілості. Якщо нестатевозріла особа надала згоду на природний статевий акт, при цьому усвідомлюючи значення вчинюваних з нею дій, дії винного слід кваліфікувати за ст. 155 КК України. Якщо така особа внаслідок свого розумового відставання або малолітнього віку не могла розуміти характер та значення вчинюваних з нею дій, статеві зносини з нею необхідно розцінювати як згвалтування з використанням безпорадного стану потерпілої особи, оскільки у цій ситуації відсутня усвідомленість як обов'язкова ознака її згоди на статевий акт.

Складніше вирішити питання про кваліфікацію неприродного статевого акту з особою, яка не досягла статевої зрілості, за її згодою. Річ у тім, що злочином, передбаченим ст. 155, як видається, охоплюються лише природні статеві зносини. Такий висновок зумовлений тим, що термін «статеві зносини» у ст. 155 тотожний терміну, що вживається у ст. 152 КК України, де під ним розуміється виключно природний статевий акт. Крім того, для позначення неприродного статевого акту законодавець використовує словосполучення «задоволення статевої пристрасті неприродним способом» (ст. 153). Тому, якщо потерпіла особа надала згоду на здійснення з нею неприродного статевого акту, вчинене винним залежно від фактичних обставин справи може бути кваліфіковано за ст. 156 як розбещення неповнолітніх. Якщо така потерпіла особа не усвідомлювала значення вчинюваних з нею дій, неприродні статеві зносини з нею необхідно кваліфікувати за ст. 153 КК України.

Нарешті, до третьої групи розглядуваних діянь відноситься добровільний природний чи неприродний статевий акт зі статевозрілою особою, яка однак не досягла 16-ти річного віку. Важливо враховувати, що відповідальність за ст. 156 настає незалежно від того, досягла чи не досягла потерпіла особа статевої зрілості, надавала чи не надавала вона згоду на вчинення щодо неї розпусних дій. Однак вирішення питання про кваліфікацію аналізованих дій на пряму залежить від того, охоплюються чи не охоплюються злочином, передбаченим ст. 156 КК України, статеві зносини з потерпілою особою.

У науці кримінального права немає єдності думок щодо цього питання. Одні вчені стверджують, що з моменту досягнення особою статевої зрілості, вона наділяється повною статевою свободою, що включає право на статеві зносини. Інші ж вважають, що за законодавством України статеві зносини з особою, що не досягла 16-ти років, у будь-якому разі заборонені. На наш погляд, добровільні статеві зносини зі статевозрілою особою, яка не досягла 16-ти річного віку, все ж можуть кваліфікуватись за ст. 156, оскільки, по-перше, законодавець не конкретизує зміст розпусних дій у цій статті, тому до них може бути віднесений у т. ч. гомо- чи гетеросексуальний статевий акт, а, по-друге, статевий акт з потерпілою особою, як видається, може призвести до набагато вищого ступеня її розбещеності, ніж розпусні дії, які не пов'язані зі статевими зносинами.

Отже, згода особи на природні чи неприродні статеві зносини може свідчити про відсутність, по-перше, діяння у складі злочину, передбаченому ст. 154; по-друге, способу у складах злочинів, передбачених ст. ст. 152, 153; по-третє, виключати злочинність дій, передбачених ст. ст. 152, 153; по-четверте, виступати конститутивною ознакою складу злочину, передбаченого ст. 155; і, по-п'яте, бути розмежувальною ознакою складів злочинів, передбачених ст. ст. 152, 153, з однієї сторони, і ст. ст. 155, 156 КК України – з іншої.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОДОВОГО ОБ'ЄКТУ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОЛЯГАЮТЬ В УХИЛЕННІ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАНЬ, НЕ ПОВ'ЯЗАНИХ З ІЗОЛЯЦІЄЮ ОСОБИ

Старосольська С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Наукове дослідження родового об'єкта злочинів проти правосуддя є одним з найбільш дискусійних і найбільш складних в доктрині кримінального права. Його аналіз здійснювали такі науковці як М. І. Бажанов, В. В. Кузнецов, В. О. Навроцький, Т. В. Шимко, С. Є. Дідик, Є. В. Валькова та інші. Однак, незважаючи на довготривалі дискусійні обговорення, формування чіт-

ких позицій щодо визначення поняття правосуддя, спільної думки, яка б об'єднала ключові позиції науковців, зокрема, щодо обсягу розділу XVIII КК України, не досягнуто до сьогодні.

Враховуючи теорію кримінального права та беручи до уваги назву розділу XVIII КК України - «Злочини проти правосуддя», можна констатувати, що родовим об'єктом даної групи злочинів є сукупність однорідних та тотожних суспільних відносин, які пов'язані із здійсненням правосуддя.

Натомість, ще Я. М. Кульберг зазначав, що злочини, передбачені XVIII розділом КК України, хоча й посягають на інтереси правосуддя, спеціальним об'єктом такого посягання є не лише правосуддя, а й інтереси особи [1, с. 4].

Але чи можна погодитися з таким висновком науковця? Адже в той час, коли злочином проти правосуддя і, справді, заподіюється шкода особі, така спричиняється особі не безпосередньо, а саме шляхом порушення правосуддя [2, с. 13]. З іншої сторони, чому автор не звертає увагу на порушення інтересів держави, зокрема, при вчиненні таких злочинів, як ухилення від відбування покарань, не пов'язаних з ізоляцією особи? У даному випадку ми можемо говорити про порушення суспільних відносин, які пов'язані із відбуванням покарання особою, а отже і виконанням вироку суду, яким призначено таке покарання. А тому про те, що таким чином порушуються інтереси держави, і визначення Я. М. Кульберга не відповідає змісту тих норм, що передбачені розглядуваним розділом.

Враховуючи вищенаведене виникає питання, як правильно визначити родовий об'єкт злочинів, що поміщені у розділі XVIII КК України? Що розуміти під поняттям «правосуддя», яке використане законодавцем у його назві? Чи є це діяльність виключно суду, чи й інших органів, пов'язаних із забезпеченням його функціонування?

Сьогодні у більшості випадків правосуддя розглядається як правозастосовна діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних та адміністративних справ з метою охорони прав та свобод людини та громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави [3, с. 50]. Також під правосуддям розуміють певну діяльність судів через розгляд і вирішення судових справ у судових засіданнях за участю сторін у відповідній процесуальній формі [4, с. 10].

Надаючи тлумачення положень Основного закону держави, Конституційний Суд України відзначив, що «правосуддя - це самостійна галузь державної діяльності, яку суди здійснюють шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях в особливій, встановленій законом процесуальній формі цивільних, кримінальних та інших справ» [5].

Таким чином, робимо висновок про те, що за загальним сприйняттям та аналізом норм чинного законодавства, яке стосується різних галузей права, під правосуддям сьогодні і, справді, слід розуміти хоча й особливий різновид державної діяльності, але такий, що втілюється в реалізації частини функцій саме суду.

При цьому, враховуючи зміст норм, що містяться у розділі XVIII «Злочини проти правосуддя» науковці-криміналісти говорять про необхідність ро-

зуміння правосуддя у широкому значенні. На їхню думку, правосуддя - це не лише діяльність судових органів, а й діяльність органів, що сприяють здійсненню правосуддя, зокрема, органів досудового слідства, прокуратури та органів, що відають виконанням судових рішень, вироків і призначених покарань [6, с. 319]. Такої позиції дотримується, зокрема, В. О. Навроцький, зазначаючи, що «правоохоронні органи поряд із судовими органами утворюють систему органів правосуддя» [7, 527]. В цьому аспекті наводить своє бачення і Н. А. Носкова, яка визначає, що посягання на інтереси правосуддя є посяганням на нормальну діяльність суду, прокурора, органів досудового розслідування по здійсненню завдань правосуддя [8, с. 10].

Визначаючи родовий об'єкт тих посягань, що входять до розділу XVIII КК України, Є. Л. Стрельцов говорить про суспільні відносини, що забезпечують нормальне функціонування органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду, а також органів, що забезпечують виконання судових вироків, рішень, постанов [9, с. 425]. На думку С. І. Тихенка, незважаючи на загальне поняття правосуддя, згідно якого «це заснована на дотриманні законів діяльність суду», під родовим об'єктом таких злочинів слід розглядати діяльність не тільки суду, а й тих органів, які безпосередньо сприяють здійсненню правосуддя [2, с. 12]. Такої позиції дотримується й ряд інших науковців, які розглядаючи норми даного розділу, вказують на встановлення ними відповідальності за посягання на нормальну діяльність не тільки судової влади, а й органів, які забезпечують процесуальну діяльність по виконанню судом функцій правосуддя, а також тих, які забезпечують виконання винесених судами вироків, рішень, постанов [10, с. 565; 11, с. 363].

Але чи не суперечить таке розуміння поняття «правосуддя» формальним законам логіки? Зокрема, щодо співвідношення обсягу та змісту даного поняття.

Як зазначає О. О. Кваша, у своїй діяльності судові органи у процесі здійснення правосуддя тісно співпрацюють з окремими правоохоронними органами. Тому законність і справедливність правосуддя напряду залежить від забезпечення діяльності органів слідства, прокуратури, внутрішніх справ, тощо [12, с. 6]. Але говорити про те, що правосуддя здійснюється такими органами не зовсім правильно.

Більше того, аналізуючи поняття «правоохоронних органів» та «правоохоронної діяльності» (ст. 1 Закону України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів»), «органів та установ виконання покарань», розуміємо самотійність змісту даних категорій.

Вони є відображенням самотійних видів державної діяльності, які лише можуть бути пов'язаними із здійсненням правосуддя, але не замінюються ним, і навпаки, адже суд, яким і здійснюється останнє, не входить до системи ні правоохоронних органів, ні органів чи установ виконання покарань, не є органом боротьби із злочинністю та не відповідає за її стан у державі, хоча і контролює роботу відповідних структур, оцінює їх висновки і, лише у такий спосіб, попереджує злочинність [4, с. 18–19]. Незважаючи на те, що правосуддя, правоохоронна, виконавча діяльність нерозривно пов'язані між собою, їх змістовне провадження знаходиться в різних державно-владних інституційних площинах, визначених принципом розподілу влад та

конституційно-правовим механізмом стримувань та противаг. Саме тому суспільні відносини, що становлять їх зміст, не можуть бути визнані ідентичними [13, с 98].

Таким чином, вважаємо, що широке розуміння поняття правосуддя не має право на існування при формуванні розділу XVIII КК України. А тому положення кримінального закону потребують змін, які можуть бути втілені шляхом використання двох альтернативних способів [13, с. 98-99; 14, с. 76]:

1) внесення змін до назви розділу XVIII КК України для того, щоб він охоплював не тільки злочини проти правосуддя, але й інші, які посягають на пов'язані із правосуддям відносини (у зв'язку із проведенням досудового слідства, виконання та відбування покарань).

2) виключення із розділу XVIII КК України тих складів злочинів, які безпосередньо не посягають на правосуддя, а також уточнення окремих з них. Це стосується, зокрема, злочинів, передбачених ст. 371-374, 380-393, 395 КК України з пропозицією віднесення їх до розділу XV – «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян», а злочинів, передбачених ст. 394, 396-400 КК України – до відповідних статей, присвячених кримінальній відповідальності за злочини проти життя і здоров'я, волі і честі та гідності, у сфері службової діяльності тощо в якості кваліфікуючих ознак [13, с. 98].

При цьому, вважаємо другу позицію більш аргументованою для застосування до злочинів, що полягають в ухиленні від відбування покарань, не пов'язаних з ізоляцією особи.

Виконання вироків, якими призначаються покарання, відбувається відповідно до кримінально – виконавчих процедур, а не судових. Кримінально – виконавчим, а не Кримінальним процесуальним кодексом визначено і систему органів та установ виконання покарань. Ці органи і установи жодного відношення до судової влади не мають, а ухилення від відбування покарань є не чим іншим, як протидією цим органам і установам у виконанні завдань визначених саме кримінально – виконавчим законодавством. З моменту звернення вироку суду до виконання та виникнення в особи обов'язку відбування покарання поняття правосуддя, враховуючи його етимологічний зміст, звичайно ж, застосовуватися не може. Враховуючи вищевказане, є всі підстави віднесення таких злочинів до розділу XV КК України – «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів».

1. Палюх Л. М. До питання про родовий об'єкт злочинів проти правосуддя // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – №3. – с. 1–7.

2. Советское уголовное право. Часть особенная. Преступления против правосудия // Тихенко С. И. – Киев. – 1970. – 106 с.

3. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемчушенко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Т. 5: П-С. – 2003. - 736 с.

4. Нор В. Т. Судові та правоохоронні органи України: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / В. Т. Нор, Н. П. Анікіна, Н. Р. Бобечко; за ред. В. Т. Нора. – К.: Ін Юре, 2010. – 240 с.

5. Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням державного зовнішньоекономічного підприємства «Славутич-Сталь» щодо тлумачення статті 124 Конституції України і Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 14 жовтня 1997 року (Справа № 016/1241-97) - [Електронний ресурс] Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/vz44u710-97>

6. С. С. Дідик Родовий об'єкт злочинів проти правосуддя (проблеми визначення // Часопис Київського університету права, 2011. - № 4.- с. 318 – 321.

7. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина: Курс лекцій. – К.: Т-во «Знання», КОО, 2000. - 771 с.

8. Носкова Н. А. Ответственность граждан за преступления против правосудия. - М., 1975. – с. 233.

9. Уголовное право Украины: Особенная часть: Учебник / Ответственный редактор доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки и техники Украины Е. Л. Стрельцов. – Х.: Одиссей, 2009. – 544 с.

10. Уголовное право Украины: Особенная часть: Учебник / И. Бажанов, Ю. В. Баулин, В. И. Борисов ы др.; Под ред.. М. И. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тация. – К.: Юринком, Интер, 2003. – 672 с.

11. Кримінальне право України (Особлива частина): навчальний посібник / Андрій Шевчук, Марія Дякур. – Чернівці: Чернівецький національний університет, 2013. – 472 с.

12. Алексеева Н. Ю. Поняття злочинів проти правосуддя, що вчиняються свідками, експертами, перекладачами або щодо них // Наукові праці. Випуск 171. Том 183. – с. 5–7.

13. Бер шов Г. Є. Кримінальна відповідальність за втручання у діяльність судових органів: монографія / за загальною редакцією доктора юридичних наук, професора О. М. Литвинова / Г. Є. Бершов. – Х.: НікаНова, 2014. – 228 с.

14. Бурдін В. М. Окремі проблеми злочинів проти правосуддя за КК України // Життя і право. - 2004. - №2. – с. 74 – 78.

ЗАКОНОДАВЧЕ ВИЗНАЧЕННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Сюсюкало З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Республіка Польща як країна яка є ментально схожа із Україною, одна із країн колишнього соціалістичного простору, мала подібні до українських стартові умови трансформації, продемонструвала значні досягнення у запобіганні та боротьбі з корупцією, успішно інтегрувавшись у Європейський Союз. В рамках

антикорупційної політики Республіка Польща приділила велику увагу дослідженню та імплементації у національне кримінальне законодавство положень міжнародних актів у цій сфері. Досвід сусідньої держави може бути надзвичайно корисним для України для вдосконалення кримінального законодавства, все це зумовлює актуальність проведення такого роду порівняльних досліджень, зокрема, і законодавчого визначення неправомірної вигоди.

Український законодавець запровадив замість поняття хабар у тексті кримінального закону поняття неправомірної вигоди у зв'язку з євроінтеграцією України та ратифікацією Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією від 27.01.1999 р. та Конвенції ООН проти корупції від 31.10.2003 р. прийнявши Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 р. Вперше визначення поняття неправомірної вигоди в чинному кримінальному законодавстві України було наведено в п. 1 примітки до ст. 235-1 Кримінального кодексу України (далі - КК України), згідно з яким неправомірна вигода була визначена як грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги матеріального або нематеріального характеру, що їх обіцяють, пропонують, надають або отримують безоплатно чи за ціною, нижчою за мінімальну ринкову, без законних на те підстав. Аналогічне визначення неправомірної вигоди містилося і в Законі «Про засади запобігання та протидії корупції». Проте таке визначення не було досконалим, з огляду на те, що словосполучення «за ціною, нижчою за мінімальну ринкову» давало можливість зробити висновок, що неправомірна вигода може мати виключно майновий характер, що суперечило конвенціям ратифікованим Україною. Проте згодом Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» були внесені зміни у законодавство та вказаний недолік був усунутий.

У чинному КК України визначення неправомірної вигоди міститься у примітці ст. 364-1 та примітці 2 ст. 354 КК України. Зокрема, у примітці ст. 364-1 КК України під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав». У примітці 2 ст. 354 КК України наведено по суті аналогічне визначення неправомірної вигоди. Проте визначення неправомірної вигоди наведено у примітці ст. 364-1 поширюється на статті 364, 364-1, 365-2, 368, 369, 369-2 та 370, а визначення у примітці ст. 354 КК України - лише на цю статтю. Слід також зазначити, що визначення даного поняття міститься не лише у кримінальному законі, а використовуються також у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII. Відповідно до вказаного Закону неправомірна вигода – це грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав. Співставивши дані поняття, можна зробити висновок, що у вказаному Законі та КК України міс-

тяться ідентичні по суті визначення неправомірної вигоди, за винятком того, що у Законі слова «обіцяють» та «пропонують» поміняні місцями.

У Кримінальному кодексі Республіки Польща (далі – КК Республіки Польща) на протигагу терміну «неправомірна вигода» використовуються терміни «майнова» та «особиста» вигода. Дефініція вигоди міститься у ст. 115 § 4 цього кодексу, де зазначено, що матеріальною або особистою вигодою є вигода як для себе так і для когось іншого. Аналогічне визначення майнової та особистої вигоди міститься в §13 ст.53 Кримінального казначейського кодексу Республіки Польща. Отже, як і український так і польський законодавець прагне уніфікації термінології, це відповідає правилам законодавчої техніки та формальної логіки, коли для позначення одного і того ж явища використовується один і той же термін.

Значимо, що такі терміни вживались ще в КК Республіки Польща 1932 року, автором якого був професор Львівського університету Юліуш Макаревіч, тобто ще до ратифікації ряду конвенцій у польському кримінальному законодавстві під поняття «хабар» підпадала як майнова так і немайнова вигода, в той час як Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові «Про судову практику у справах про хабарництво» N 5 від 26.04.2002 вказав: «Оскільки одержання хабара є корисливим злочином, його предмет має виключно майновий характер. Ним можуть бути майно (гроші, цінності та інші речі), право на нього (документи, які надають право отримати майно, користуватися ним або вимагати виконання зобов'язань тощо), будь-які дії майнового характеру (передача майнових вигод, відмова від них, відмова від прав на майно, безоплатне надання послуг, санаторних чи туристичних путівок, проведення будівельних або ремонтних робіт тощо). Послуги, пільги і переваги, які не мають майнового характеру (похвальні характеристики чи виступ у пресі, надання престижної роботи тощо), не можуть визнаватися предметом хабара. Одержання їх може розцінюватись як інша (некорислива) заінтересованість при зловживанні владою чи службовим становищем і за наявності до того підстав кваліфікуватися за відповідною частиною ст. 364 КК», чим обмежив зміст даного поняття, однак на даний час дане тлумачення втратило свою актуальність, оскільки вищезгаданими законами на законодавчому рівні було визначено поняття неправомірної вигоди. При цьому, як зауважує, Верховний Суд Республіки Польща визначення «для когось іншого» не може бути зрозуміле таким чином, що тут іде мова про особу, яка одержує майнову вигоду, а про іншу особу, пов'язану із винним, що надає таку вигоду. Останній надаючи або обіцяючи надати особі, яка виконує публічну функцію, майнову вигоду, може діяти «з метою» щоб пов'язана з ним особа внаслідок відповідної поведінки одержую чого вигоду, отримала майнову вигоду» (Wyrok SN z dnia 17 stycznia 1973 r. – IV KR 326/72, OSN PG 1973, nr 7, roz. 94). Отже, як зазначає, Рицєрські М. особа котра виконує публічні функції, не мусить бути фактичним бенефіціаром неправомірних вигод, це може бути будь-яка інша фізична чи юридична особа, зокрема, пов'язана сімейними стосунками або іншими близькими взаєминами з особою, яка виконує публічні функції, з якою її пов'язує будь-яке знайомство або з якою вона перебуває у будь яких правових відносинах. Це стосується однаковою мірою як вигод як майнового, так і немайнового характеру.

Під майновою вигодою розуміють таку вигоду, яку можна виразити у грошовому еквіваленті. Згідно із ухвалою Верховного суду Республіки Польща майновою вигодою є також кожне набуття майна для себе або іншої особи або уникнення в нім втрат, за винятком тих випадків коли вигода надається винній особі або іншій особі відповідно до існуючого в момент дії правовідношення (Uchwala SN z 30 stycznia 1980 r., VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, roz. 24). Особисту вигоду Верховний суд Республіки Польща визначив як послугу немайнового характеру, що покращує становище особи, яка її отримує (наприклад, обіцянка підвищення, працевлаштування, відзнака нагородою, підвищення кваліфікації, обмеження професійних обов'язків, або прийняття на практику, скерування на стипендію за кордоном, створення вигідного образу в медіа, пришвидшення виконання операції, статеві контакти і т.д.) (Pog. wyg. SN z 10 lipca 1974 r., I KRN 9/74, OSNPG 1974, nr 11, roz. 130). Також Павел Данилюк влучно відзначив, що в кожному з положень, де іде мова про особисту вигоду, вона виступає щодо майнової вигоди як альтернативний елемент. При цьому про майнову вигоду йдеться в 46-ти положеннях, а про особисту у 22-х. На нашу думку, це дозволяє вирішити таку проблему як неможливість оцінки певних благ, які до нього входять. Це стосується переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, інших вигод нематеріального та негрошового характеру.

На думку більшості польських науковців, критерієм розрізнення майнової та особистої вигоди є здатність задовольняти потреби: майнова вигода задовольняє матеріальні потреби, а особиста – нематеріальні. Таку позицію займають і суди. Зокрема, Окружний суд Республіки Польща у своєму рішенні зазначив: «Якщо благо задовольняє перш за все потребу нематеріальну, то це особиста вигода. Рішення, прийняте, що засуджений Даніель Х. діяв з метою отримання особистої вигоди, ґрунтувалось на визнанні, що засуджений спільно вживав наркотики, закуплені за кошти Бартоломея Б. Вживання наркотиків було проявом особистої вигоди. Аналогічно було б, якби в повністю інших умовах справи засуджений споживав алкоголь за кошти іншої людини» (Wyrok SA w Lublinie z dnia 17 kwietnia 2007 r., sygn II Aka 81/07). При цьому термін «особиста», на нашу думку, викликає певні застереження, оскільки у випадку якщо особа одержує майнову вигоду, то ця вигода для неї в певній мірі також є особистою. Більш вдалим тут було б використання терміну «немайнова» вигода.

Разом із тим коротко звернемось до міжнародних актів, з метою з'ясування наявності чи відсутності певних вимог до досліджуваного поняття. У п'яти статтях (ст.ст. 15, 16, 18, 21, 25) офіційного перекладу Конвенції ООН проти корупції використовується словосполучення «неправомірна перевага». У тринадцяти статтях (ст.ст. 2–11, 18, 36 та 37) офіційного перекладу Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією вжито термін «хабар». Термін «вигода» вживається у статтях 17, 31, 52, а «неправомірна вигода» – у ст. 19 Конвенції ООН проти корупції. Конвенції не зобов'язують держав-учасників вживати у національному законодавстві певний термін, навіть, не зобов'язують відмовлятися від терміну «хабар». При цьому Конвенція оперує поняттям «будь-яка неправомірна перевага», що дозволяє зробити висновок, про можливий її як майновий, так і немайновий характер. Отже, вимогу вклю-

чити «матеріальну та нематеріальну вигоду» в українському кримінальному законі реалізовано наступним чином – до переліку цінностей у визначенні цього поняття віднесено матеріальні (наприклад, грошові кошти, інше майно) та нематеріальні (наприклад, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, інші вигоди нематеріального чи не грошового характеру) вигоди. Натомість польський законодавець залишив у тексті кримінального закону лише родові поняття «майнова» та «особиста» вигода без вказівки на складові цінності, які ними охоплюються.

Неправомірна вигода як предмет злочину передбачена у ст.ст. 160, 354, 364-1, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 КК України. Мета отримання неправомірної вигоди характеризує злочини, передбачені статтями 364 та 365-2 КК України. Крім того, термін «неправомірна вигода» вживається і в нормах Загальної частини КК України (статті 8, 96-3, 96-6, 96-7, 96-10 КК України). У КК Республіки Польща неправомірна вигода як предмет згадується у ст.ст. 228, 229, 230, 230 а, 250 а 296 а, 299, 302, метою отримання неправомірної вигоди характеризуються злочини передбачені статтями 231, 296, 305 цього кодексу.

Законодавче визначення неправомірної вигоди за КК Республіки Польща дозволяє виокремити такі ознаки: 1) майнова вигода для себе; 2) майнова вигода для когось іншого; 3) особиста вигода для себе; 4) особиста вигода для когось іншого. Як зазначає Г. С. Крайник, згідно з законодавчою дефініцією КК України можна виокремити наступні обов'язкові ознаки неправомірної вигоди: 1.1) майно, у тому числі грошові кошти; 1.2) переваги; 1.3) пільги; 1.4) послуги; 1.5) нематеріальні активи; 1.6) вигоди нематеріального чи не грошового характеру; перелічене: 2.1) пропонують; 2.2) обіцяють; 2.3) надають; 2.4) одержують; 3) все це відбувається без законних на те підстав. При цьому для з'ясування змісту окремих благ, які охоплюються поняттям неправомірної вигоди за КК України, необхідно звертатись до інших нормативно-правових актів, які також не містять однозначного визначення даних понять.

Зауважимо, що всі дефініції понять, які використовуються у Кримінальному кодексі Республіки Польща та Кримінальному казначейському кодексі Республіки Польща розташовані відповідно у Розділі XIV та Розділі V, які носять назву «Роз'яснення понять, які вживаються у законі» та розташовані як передостанні розділи у межах Загальної частини відповідних кодексів. Щодо місця розташування дефініції неправомірної вигоди у чинному кримінальному законі України, то тут існують два альтернативні способи: 1). шляхом закріплення вдосконаленого визначення поняття неправомірної вигоди у примітці однієї із статей та скасування в іншій з метою уникнення дублювання того ж самого визначення поняття двічі; 2) шляхом доповнення чинного КК України статтею або розділом, які міститимуть визначення понять вживаних у кодексі, зокрема, і неправомірної вигоди. Другий спосіб видається нам більш доцільним, проте потребує значних напрацювань науковців. Питання про доповнення Кримінального кодексу України так званим «термінологічним» розділом висловлює ряд науковців України, зокрема, В. О. Гацелюк, В. О. Навроцький, Д. С. Азаров, З. А. Тростюк, М. І. Хавронюк.

На підставі вищевикладеного можна зробити наступні висновки: законодавче визначення неправомірної вигоди знайшло своє відображення не лише у

КК України та Республіки Польщі, а й у інших нормативно-правових актах; поняття неправомірної вигоди за законодавством Республіки Польщі не визначає які складові категорії охоплюються поняттям, на відміну від визначення у КК України. Разом з тим, визначення неправомірної вигоди у КК України не передбачає хто може бути одержувачем цієї неправомірної вигоди, потенційні одержувачі передбачені диспозицією відповідної статті.

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ТА РОЗВИТОК УЯВЛЕНЬ ПРО КОРУПЦІЮ

Федик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На даний момент немає жодної країни, у якій б не існувала корупція. Це явище є однією із найзначніших проблем сьогодишнього суспільства, шкідливі наслідки якого торкаються чи не кожної особи. Воно становить велику загрозу для розвитку держав. Проте, корупція не виникла у сучасному світі, її історичні витоки сягають надзвичайно глибоко. І для того, щоб досліджувати це явище, зрозуміти його природу дуже важливо прослідкувати історичний шлях його розвитку.

Роберт Клітгаард, якого називають провідним світовим експертом з питань корупції, зазначав, що корупція настільки давня, наскільки давнім є організоване життя людей і, справді, мабуть, настільки давня, як і саме управління. Більшість науковців вважає, що корупція з'явилась задовго до виникнення держави із розвитком перших владних та грошових відносин. З появою перших державних чиновників вона стала ще більш поширеною та досягла вищих рівнів, адже коли у державного чиновника появляються можливості здійснювати розпорядження відповідними ресурсами, він часто приймає рішення не в інтересах суспільства, а з огляду на свої особисті корисливі потреби. Розміри корупції та її відвертість завжди залежали від повноти наданої влади та рівня розвитку самого суспільства. Як слушно зазначає М. І. Мельник, «в окремих країнах у певний період їх розвитку корупція набувала загрозливого характеру епідемії».

Письмові джерела свідчать, що історичні корені корупції сягають ще біблійних часів. Так, перші згадки про корупцію знаходимо саме у Біблії. У Старому Завіті у книзі Мойсея Вихід зазначається: «А хабаря не візьмеш, бо хабар осліплює зрячих і викривляє слова справедливих» (Вих.23:8). При цьому корупція засуджується як явище негативне і у інших релігіях. У Корані написано: «Не привласнюйте незаконно майна одне одного та не підкупляйте суддів, щоб навмисно привласнити частину майна інших людей»(Коран 2:188), а згідно з висловлюванням пророка Мухаммеда, Аллах прокляне всіх, хто платить та бере хабарі, а також і того, хто сприятиме цьому. Будда також застерігав, що коли правитель шукає вигоди, то це спричинить перекручування сутності суспільних

відносин, стануть ігноруватися принципи справедливості. А на думку давньокитайського мислителя Конфуція, турбота (особливо про сім'ю) та доброта є головними чеснотами, проте, занадто буквальне дотримання цих чеснот може стати причиною зловживань чиновників, оскільки вони, приймаючи рішення, керуватимуться мотивами кровного споріднення.

Як свідчать історичні дослідження, кризи корупції існували із найдавніших часів – щонайменше із VI тисячоліття до н.е. Дуже часто в минулому вони призводили до гибелі цивілізацій та зникнення цілих народів та мов, а якщо подивитись на сучасну історію, то такі кризи неодноразово ставали одними із причин революцій та зміни державної влади.

Оскільки виникнення корупції пов'язане із виділенням функції управління та появою у чиновників владних повноважень, вона існувала і у перших державних утвореннях у Єгипті, Месопотамії, Індії, Китаї, тобто у III–II тисячолітті до н.е., що підтверджується релігійними та літературними джерелами. Згадки про корупцію знаходимо у одній із найдавніших пам'яток писемності Стародавнього Вавилону другої половини XXIV ст. до н.е. – архіві Стародавнього Вавилону. В той час цар шумерського міста Лаваша Урукагіна здійснив реформу державного управління задля припинення зловживань чиновників і суддів та зменшення здирництва храмового персоналу з боку царської адміністрації, а також зменшення та впорядкування платежів за обряди. Проте, ставлення до корупції у ті часи не всюди було однаковим. Так, у стародавній Індії до хабарів відносилися поблагливо, як до явища, яке необхідно приймати таким, яким воно є.

Корупція існувала і в античні часи. У римському праві «*согитреге*» означало ламати, псувати, пошкоджувати, фальсифікувати показання, а також підкуп судді (претора). Один із найвідоміших випадків корупції, зафіксований істориками у ті часи, пов'язаний з спекулятивними діями одного сицилійського фінансового магната, який закупив все залізо, завдяки чому створив повну монополію на ринку цього товару, а потім продавав його за ціною втричі дорожчою за попередню. Навіть в ті давні часи такі дії не можливо було здійснити без участі державних чиновників.

Про корупцію згадують у своїх працях філософи Платон та Аристотель, де наголошують на її руйнівному впливі на економіку, політичне та духовне життя суспільства. Аристотель у своїй праці «Політика» називає корупцію найважливішим фактором, здатним привести державу, якщо не до загибелі, то до виродження, а боротьбу з корупцією вважає основою забезпечення державної стабільності.

В Стародавньому Римі та Афінах вживались заходи з метою обмеження ризику таємних послуг та операцій. Члени ради чи зборів часто обиралися жеребкуванням, оскільки вважалося, що випадок є найкращою гарантією об'єктивності. При цьому виборні посади були короткостроковими і було відсутнє право переобрання. Наприклад, претора, як і більшість магістрів обирали на один рік, але працювали вони безоплатно, що створювало можливості їхнього підкупу багатими громадянами. У своїх судових виступах Цицерон наводив чимало фактів зловживань під час виборів преторів та інших магістрів, а також під час виконання ними своїх обов'язків.

В добу Середньовіччя із розвитком монархії як форми правління головним корупціонером стає монарх, який надає привілеї та пільги. В такий спосіб монарх маніпулює своїм оточенням. Також у цей період у церковних відносинах корупція визнавалася спокусою диявола. В католицизмі це явище вважалося виявом гріховності. Практика торгівлі індульгенціями, купівлі та продажу церковних санів фактично були тогочасними проявами корупції в її сучасному розумінні.

У період Відродження в італійських містах, аналогічно як і у Стародавньому Римі представників керівних органів також часто обирали жеребкуванням, а для виборних посад встановлювали короткі терміни без права переобрання. Сам ж виборчий процес задля забезпечення його об'єктивності часто був дуже довгим та складним (для прикладу вибори дожа у Венеції). Політичний мислитель доби Відродження Нікколо Макіавеллі стверджував, що корупція є свідченням загального захворювання держави, що руйнує громадську чесноту. До ознак, що вказують на схожість корупції до хвороби він відносив те, що спочатку «її важко розпізнати, але легко лікувати, а якщо ж вона запущена, то її легко розпізнати, алевилікувати важко».

Проблем корупції торкаються у своїх працях відомі просвітителі Ж.Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, Ф. Бекон та інші. У їхніх працях корупція розглядається як соціальна хвороба, дисфункція суспільства. Монтеск'є зазначав: «Відомо вже з досвіду віків, що будь-яка людина, яка володіє владою, схильна зловживати нею, і вона буде йти у цьому напрямку, доки не досягне належної їй межі» та характеризував це явище як дисфункціональний процес, у результаті якого гарний політичний порядок або система перетворюються в негідні, а монархія вироджується в деспотизм.

На думку прихильників теорії природного права, корупція є одним із наслідків розбіжності між природними та позитивними законами. Т. Гоббс у своїй праці «Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної та громадянської» писав: «Люди, що хизуються своїм багатством, сміливо скоюють злочини в надії, що їм вдасться уникнути покарання шляхом корумпування державної юстиції або отримати прощення за гроші або інші форми винагороди». На думку Т. Гоббса, корупція є коренем, «з якого витікає у всі часи і при всяких спокусах презирство до всіх законів».

Ліберальні перетворення, що відбулися у кінціXVIII ст. надали громадянам розуміння, що державна влада існує для блага суспільства, а утримання уряду відбувається в обмін на дотримання чиновниками законів. Саме тому у західних державах громадяни почали більш активно здійснювати контроль за якістю діяльності влади. У Конституції Сполучених Штатів Америки було закріплено положення, згідно з яким одержання хабаря вважається одним зі злочинів, за вчинення якого президенту США може бути оголошено імпічмент.

З виникненням демократичних режимів правління, за якого усі громадяни при досягненні відповідного віку отримують право голосу, голоси бідніших верств населення можна було відкрито купити. Такі факти знаходять своє підтвердження у виборчій документації XIX століття.

Щодо історичних витоків корупції на території України, то один із перших проявів цього явища було зафіксовано у XI–XII ст.ст. у Київській Русі - вказувалось на зловживання з боку дружинників. Руська Правда хоча й не визначала, які дії посадових осіб можна вважати корупційними, проте регулювала одержання доходу деякими посадовими особами.

За часів Речі Посполитої Богдан Хмельницький постраждав від так званого «справедливого» королівського суду, який завжди ставав на бік багатшої сторони. Після перемоги Хмельницького над Річчю Посполитою у Національно-визвольній війні в Гетьманській державі також почало розвиватись хабарництво.

Як свідчать історичні пам'ятки доби Запорізької Січі в той час також велась боротьба із корупцією. Так, Велика екстрадинаційна Рада Січі у своєму присуді від 23 грудня 1764 року зазначила, що відповідно до військового уставу отаманам та старшинам забороняється використовувати військову казну на особисті потреби під страхом «смертного штрафу». А у випадку, якщо отаман куреня веде себе «не справно», або потакає злодіям, він підлягає покаранню і наступного разу не може бути обраний отаманом.

У дореволюційній Російській імперії, куди входила більша частина України діяли затверджені Олександром III (від 3 грудня 1884 р.) «Правила про порядок суміщення державної служби з участю в торговельних та промислових товариствах, а також у громадських і приватних кредитних установах», що містили детальний перелік посад на державній службі, які визначалися несумісними з участю у різноманітних компаніях. Російським законодавством кінця XIX-початку XX століття за низку корупційних діянь встановлювалася кримінальна відповідальність.

Варто звернути увагу і на новітню історію дослідження корупції. У Радянському Союзі навіть сама можливість існування цього явища категорично заперечувалась і його відносили лише до притаманних буржуазному суспільству, в економічній та політичній системах якого закладені умови для розвитку корупції. Така позиція радянської влади підтверджується більшістю тогочасних енциклопедій та словників, де надавалося визначення терміну «корупція». Капіталістичні країни у свою чергу також не визнавали наявності корупції, намагаючись довести свою перевагу. Усвідомлення негативного впливу корупції на усі сфери суспільного життя розпочалось лише в останні десятиліття XX століття на Заході, проте на той час не збереглося наукових шкіл з їх надбаннями у вивченні цього явища. Вже тоді стало зрозумілим, що корупція є далеко не національною проблемою, а глобальним явищем, з яким необхідно боротися усій світовій спільноті, адже лише локальними інструментами йому запобігати та протидіяти фактично неможливо. Саме тому розроблення заходів протидії корупції поступово стало пріоритетним завданням міжнародних організацій. Протягом 1997–2003 рр. було прийнято чотири міжнародні конвенції, спрямовані на боротьбу із корупцією: «Про боротьбу з підкупом іноземних посадових осіб при здійсненні міжнародних комерційних угод», «Про кримінальну відповідальність за корупцію», «Про цивільно-правову відповідальність за корупцію» та Конвенція ООН проти корупції. Термін «корупція» набув широкого вжитку в українському суспільстві у середині 1990-х років. На даний момент прийнято велику

кількість нормативно-правових актів національного законодавства, спрямованих на боротьбу із корупцією, а протидія та запобігання цьому явищу є одним із пріоритетних напрямків державної політики.

Отже, згадки про корупцію можна знайти у писемних джерелах різних часів, її історичні корені сягають надзвичайно глибоко. Корупція була і є невід'ємною ознакою суспільства від найдавніших часів і до сьогодні. Виникла корупція ще задовго до появи держави, про що свідчать найдавніші історичні джерела. Проаналізувавши розвиток уявлень про корупцію, можна зробити висновок, що корупція за рідкісними винятками меншою чи більшою мірою засуджувалась завжди. Кризи корупції часто ставали причиною перебудови державного ладу, революцій та зміни влади. Хоча, виходячи із природи людини та системи державного управління, побороти корупцію повністю неможливо, важливим завданням світового співтовариства є розроблення дієвих стратегій боротьби із цим явищем та їхня реалізація з урахуванням сучасних умов життя та історичного досвіду.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ЖИТТЯ В УКРАЇНІ В СВІТЛІ СТАНДАРТІВ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

Хилюк С.

Львівський національний університет ім. Івана Франка

Загальновідомо, що ч. 1 ст. 2 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (надалі – Конвенція) покладає на державу не лише обов'язок утримуватися від протиправного позбавлення життя, але й вживати адекватні заходи для захисту життя людей, які перебувають під її юрисдикцією. Однією з форм належного виконання цього позитивного обов'язку є запровадження ефективних кримінально-правових положень для запобігання вчинення злочинів проти життя, які повинні бути забезпечені правозахисним механізмом та давати можливість запобігти, припинити та покарати порушення таких положень (§ 67 *Mastromatteo v. Italy*).

Відтак постає два питання: по-перше, які кримінально-правові положення вважаються ефективними відповідно до стандартів Конвенції; по-друге, чи відповідає кримінальне законодавство України таким вимогам. Аналіз практики Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ) з застосування ст.2 Конвенції показує, що обов'язок держави запровадити спеціальне кримінальне законодавство включає наступне:

1. Держава повинна встановити кримінальну відповідальність за умисне вбивство. А от вибір виду юридичної відповідальності за необережне позбавлення

життя, за загальним правилом, належить до сфери розсуду держави. Стандартам Конвенції відповідатиме встановлення кримінальної, адміністративної, цивільної чи, навіть, дисциплінарної відповідальності за певних умов (§ 90 [GC] *Vo v. France*; § 51 *Calvelli and Ciglio*; §§ 90, 94-95 *Mastromatteo v. Italy*). Проте, в окремих випадках з урахуванням тяжкості порушення, ЄСПЛ вважає лише кримінальне переслідування є адекватним заходом. Про це йдеться у рішенні по справі *Oneryildiz v. Turkey*. За обставинами справи 9 членів сім'ї заявника загинули в результаті вибуху метану на сміттєзвалищі на околицях Стамбула, який зруйнував 11 будинків. Було встановлено, що службові особи знали про загрозу вибуху, проте всупереч своїх посадових обов'язків не вжили жодних заходів для усунення небезпеки. ЄСПЛ констатував, що притягнення винних лише до адміністративної відповідальності у формі штрафу є неналежним виконання державою своїх позитивних зобов'язань щодо захисту життя відповідно до ст. 2 Конвенції.

2. Держави - члени Ради Європи не мають обов'язку кваліфікувати як вбивство позбавлення життя ненародженої дитини. Велика Палата ЄСПЛ у рішенні *Vo v. France* постановила, що ненароджена дитина не є «людиною» з правом на життя у розумінні ст. 2 Конвенції, хоча ембріон/плід належить до людської раси (§80, 84 *Vo v. France*). Також ЄСПЛ наголосив, що сфери розсуду держави належить визначення моменту початку життя. Відтак держава може дозволяти аборти, й не порушуватиме цим позитивних зобов'язань за ст. 2 Конвенції.

3. Відповідає стандартам Конвенції встановлення кримінальної відповідальності за так звану «активну» евтаназію. Зокрема, у справі *Pretty v. United Kingdom* (§39-40) ЄСПЛ дійшов висновку, що «ст. 2 без насильства над текстом не може тлумачитися, як така, що гарантує діаметрально-протилежне право – право на смерть», відтак ст. 2 не передбачає право особи припинити життя за власним вибором з допомогою держави чи третіх осіб (§39-40 *Pretty v. United Kingdom*). Проте немає сумніву, що будь-яка форма недобровільної евтаназії порушує гарантії ст. 2 Конвенції. Досі залишається відкритим питання, чи відповідає стандартам Конвенції часткова декриміналізація «активної» евтаназії, зокрема у Бельгії та Нідерландах.

4. Протиправним повинно вважатися позбавлення життя особи, яке не узгоджується з гарантіями, передбаченими ч. 2 ст. 2 Конвенції. У справах про право на життя ЄСПЛ наголошує, що позбавлення не суперечитиме стандартам Конвенції лише в тому випадку, коли це стало наслідком виключно необхідного застосування летальної сили для досягнення однієї або кількох цілей, передбачених ч. 2 ст. 2, а саме: (а) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства; (б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; (с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання (*GC, McCann and Others v. the United Kingdom*). При цьому ЄСПЛ звертає увагу, що перелік цілей, досягнення яких може виправдати позбавлення життя є вичерпним і ч. 2 ст. 2 Конвенції підлягає обмежувальному тлумаченню.

На перший погляд кримінальне законодавство України в частині охорони життя цілком узгоджується зі стандартами Конвенції, проте більш детальний аналіз не дає підстав для такого оптимістичного висновку. Зокрема,

у розділі VIII Загальної частини КК України передбачений перелік обставин, які виключають злочинність діяння, в тому числі й позбавлення життя. Перш за все постає питання, чи може вважатися правомірним позбавлення життя за умов крайньої необхідності, які передбачені в ст. 39 КК України, окремих різновидів крайньої необхідності, які передбачені ст.ст. 40-43 КК України. Законодавство однозначної відповіді на це питання не дає. В теорії є два протилежних підходи. Перший передбачає, ствердну відповідь за умови, що кількість врятованих життів є більшою. Другий підхід виходить з того, що оскільки життя є благом, яке не піддається кількісному виміру, той визначити, яка шкода є більшою, заподіяна чи відвернута, не є можливим, а відтак позбавлення життя за умов крайньої необхідності не може бути правомірним. Вагомим аргументом на користь другої позиції слугує Конвенція в інтерпретації ЄСПЛ, відповідно до якої людина не може бути засобом, навіть, для досягнення високих цілей, а тому позбавлення життя особи за умов крайньої необхідності не охоплюється жодним винятком з права на життя, передбаченим ч. 2 ст. 2 Конвенції, а, отже, є протиправним.

Не повною мірою відповідає стандартам Конвенції національне законодавство України в частині визначення умов правомірності позбавлення життя під час затримання особи, яка вчинила злочин. Зокрема, Велика Палата ЄСПЛ у рішенні *Nachova and Others v. Bulgaria* встановила, що позбавлення життя під час затримання не порушує право на життя за одночасного дотримання трьох умов: особа, яку затримують вчинила насильницький злочин; вона становить небезпеку для життя та здоров'я інших осіб в момент затримання; ця особа намагається втекти. При цьому ЄСПЛ звертає увагу, що за відсутності хоча б однієї з цих умов матиме місце порушення права на життя, навіть, якщо відмова від застосування летальної сили матиме наслідком втрату назавжди можливості затримати особу. Проте національне законодавство дає право застосовувати зброю під час затримання незалежно від насильницького чи ненасильницького характеру вчиненого злочину. Так, п. 202 Статуту гарнізонної та вартової служб Збройних Сил України передбачає, що начальник варти має право застосовувати зброю до осіб, які намагаються втекти незалежно від характеру злочину, який вони вчинили. Навіть, новий Закон України «Про Національну поліцію» дає право поліцейським застосувати зброю для затримання особи, яку застали під час вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину і яка намагається втекти, а також застосувати зброю без попередження, якщо особа, затримана або заарештована за вчинення особливо тяжкого чи тяжкого злочину, втікає із застосуванням транспортного засобу (ст. 46 Закону України «Про Національну поліцію»), хоча відомо, що чинний КК України передбачає чимало тяжких чи особливо тяжких злочинів, які не є насильницькими.

У §§ 58-59 рішення у справі *Makaratzis v. Greece* ЄСПЛ наголошує, що держави повинні врегулювати порядок та підстави використання зброї працівниками правоохоронних органів у відповідності до міжнародних стандартів, а також використання зброї під час проведення поліцейських операцій інакше буде неможливо відмежувати правомірне позбавлення життя від вбивства.

Особливо гостро це питання постає щодо оцінка правомірності позбавлення життя в зоні проведення анти-терористичної операції. За даними ООН за період з середини квітня 2014 року до 15 серпня 2015 року у конфлікті на Донбасі загинуло 7883, при цьому фахівці застерігають, що реальна кількість жертв може бути значно більшою, частина з цих людей загинула на підконтрольній українському Уряду території. З огляду на те, що ст. 2 Конвенції зобов'язує провести ефективне розслідування кожного випадку позбавлення життя, відтак рано чи пізно національні суди змушені будуть дати, в тому числі й кримінально-правову оцінку фактам позбавлення життя у конфлікті на Донбасі. Оскільки Конвенція та практика ЄСПЛ є джерелом права в Україні то відповідна оцінка повинна даватися з урахуванням передбачених ними гарантій. На національному рівні використання зброї в ході проведення антитерористичної операції регулюється кількома дуже загальними положеннями. Наприклад, ст. 12 Закон України «Про боротьбу з тероризмом» передбачає, що для проведення широкомасштабних, складних антитерористичних операцій у районі їх проведення залучаються та використовуються, в тому числі зброя та бойова техніка, яка є на озброєнні в Збройних Силах України, ст. 15 цього ж закону надає право посадовим особам, залученим до антитерористичної застосовувати відповідно до законодавства України зброю і спеціальні засоби в районі проведення такої операції. Відтак, за певних умов такий стан правового регулювання використання зброї в ході антитерористичної операції може не забезпечувати належний рівень гарантій права на життя, передбачених Конвенцією.

Аналіз практики ЄСПЛ з оцінки ситуацій подібних до тої, яку ми маємо на Сході країни, на предмет відповідності стандартам ст. 2 Конвенції показує, що: необхідність захисту населення від тероризму не може бути виправданням для порушення ст. 2 Конвенції (§212 *Finogenov v. Russia*); в ряді випадків позбавлення життя мирного населення внаслідок використання артилерії, авіації, інших видів (важкого озброєння) ЄСПЛ оцінює як неприйнятне в демократичному суспільстві (*Isayeva v. Russia, Benzer and Others v. Turkey*); навіть, комбатанти чи особи, які є «терористами», не можуть бути позбавлені права на життя, крім випадків, коли це є абсолютно необхідно (*McCann and Others v. United Kingdom*).

Підсумовуючи вище викладене, хочу звернути увагу, що по-перше, український законодавець повинен брати до уваги правові позиції ЄСПЛ щодо визначення, які кримінально-правові положення є ефективним засобом захисту права на життя; по-друге, оскільки КК України визначає вбивство як протиправне заподіяння смерті, то у визначенні «протиправності» національні суди повинні враховувати стандарти ст. 2 Конвенції

ПОНЯТТЯ ТЛУМАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ***Яворська Х.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Тлумачення – дія за значенням «тлумачити» – «визначати зміст, роз'яснити, з'ясовувати суть чого-небудь; давати якесь пояснення висвітлювати певним чином, розуміючи так чи інакше що-небудь; трактувати [15, с. 1464].

У теорії кримінального права приділяється увага як загальним проблемам тлумачення кримінально-правових норм так і окремим його видам. Незважаючи на пильну увагу науковців до проблем тлумачення правових норм, виробити єдине визначення відповідного поняття так і не вдалося.

Але перш ніж тлумачити кримінальний закон необхідно визначити поняття тлумачення, оскільки без встановлення змісту та об'єму даного терміну неможливо виділити окремі види та способи тлумачення не лише кримінального закону, але й права в цілому. Поняття входять в якості елементів у склад теорій та вчень як системи. Вони є вузлами процесу пізнання, етапами на шляху до нових відкриттів. Тому при будь якому обговоренні чи то науковому чи побутовому важливо добре розуміти зміст понять, які використовуються. Необхідно погодитися із З. Загінєй, що розуміння завжди передує тлумаченню, а саме з'ясуванню [14, с. 25].

Перш ніж визначити поняття тлумачення кримінального закону варто зазначити, що існують певні правила визначення понять. Так, П. Д. Пузиків розглянув основні види та прийоми визначення понять та вимоги, яких необхідно дотримуватися при їх формуванні. Вчений зазначає, що будь яке поняття має зміст та об'єм. Зміст поняття – це сукупність пізнавальних ознак та співвідношень предметів, які відображаються поняттям, а об'єм поняття – це множина (клас) предметів, кожному з яких належать всі ознаки, що складають зміст даного поняття. Між змістом та об'ємом понять існує взаємозалежність. І. Кант формулює цю залежність так: чим ширший об'єм поняття, тим вужчий його зміст. Найбільш важливою формою зв'язку між поняттями є родо-видова залежність [1, с. 15–19].

Для оптимального розкриття сутності тлумачення необхідно насамперед з'ясувати, що мається на увазі під змістом норми права. Як зазначає І.Ю. Настасяк, під словом «зміст» розуміють саме внутрішній зміст, значення будь-чого, що досягається розумом. Зміст норми права - це її внутрішня суть, яка розкривається шляхом тлумачення і відрізняється від зовнішнього виразу, тим що має вольовий характер. Тобто під змістом норми права розуміють волю законодавця, вербально матеріалізовану в нормі права [2, с. 56–57].

Н. Д. Дурманов визначає поняття тлумачення кримінального закону з позицій позитивістського підходу, а саме як всебічне і глибоке з'ясування і розкриття волі законодавця, вираженої в тексті закону, або іншими словами роз-

криття призначення та змісту закону, з'ясування істинного смислу закону вкладеного в текст законодавцем [7, с. 285].

А. С. Шляпочников під тлумаченням кримінального закону розуміє пояснення кримінального закону, визначення смислу та змісту, який закладений законодавцем. Таким чином процес тлумачення являє собою процес пізнання змісту закону, процес, що направлений від відомого до невідомого, процес пізнання істини. Основним завданням тлумачення є встановлення істинного змісту кримінального закону. Основним завданням тлумачення є не створення нових норм, не підміна функцій законодавця, а з'ясування його істинної волі, що виражена в законі. Тлумачення закону – це пізнавальна діяльність, спрямована на з'ясування змісту закону. Ця діяльність є необхідною умовою будь якого процесу застосування права. Саме тому помилково розглядати тлумачення лише як соціально-політичний процес або як лише формально-логічний процес, зводячи тлумачення закону лише до політики чи до юридичної техніки, вважає А.С. Шляпочников [9, с. 73–85].

Важко погодитися з цією точкою зору, оскільки насправді виникають труднощі при встановленні волі законодавця, як такої. Дана точка зору підтримувалася радянськими дослідниками. Встановлення волі законодавця вважалось основною метою тлумачення, оскільки право розумілося, як вираження волі пануючого класу. Однак під час обгрунтування волі законодавця як справжнього змісту закону виникають серйозні проблеми. В сучасних умовах законодавчий процес має формальний, технічний характер, а законодавцем виступає колективний суб'єкт. Процес наділення смислом закону, як і розуміння смислу, є мисленнєвими актами, тобто не можуть бути виявленими з абсолютною достовірністю, тому видається варто вживати словосполучення « внутрішній зміст (сенс) закону».

Так, А. Ф. Черданцев вказує, що термін тлумачення багатозначний. У правовій науці використовують переважно термін тлумачення права (закону). З однієї сторони під тлумаченням вчений розуміє певний пізнавальний (розумовий) процес, спрямований на встановлення змісту норми права, шляхом пояснення значення та смислу термінів і знаків мови та письма, виражених у нормативних актах. Таке розуміння тлумачення як правило позначається через словосполучення «з'ясування змісту (смислу) норм права». Воно знаходить свою характеристику в сукупності способів тлумачення. З іншої сторони, під тлумаченням права (норм права, закону) розуміється результат пізнавального процесу (з'ясування), який фіксується в сукупності мовних пояснень, що виражають зміст норм права [3, с. 5–6].

Термін «тлумачення права» можна розуміти у двох значеннях, як зазначає Ю. М. Тодика: по-перше як пізнавальний процес спрямований на з'ясування змісту (смислу) норми права. По-друге, як результат такого процесу, виражений у сукупності суджень, через які розкривається зміст норми права [4, с. 24–25].

У юридичній літературі не існує єдиного розуміння у відношенні об'єкту тлумачення, об'єму, видів тлумачення та його наслідків. Одні автори застосовують термін «тлумачення права», інші вважають, що тлумаченню підлягає не право або система норм, а відповідний нормативно-правовий акт, тому необхідно застосовувати поняття «тлумачення закону» або «тлумачення нормативно-правового акту». Варто погодитися з тією групою науковців, що застосовують

поняття «тлумачення закону», оскільки перш за все ми тлумачимо текст певного закону для з'ясування змісту закріпленої в ньому норми. Хоча більшість авторів використовують поняття «тлумачення норм права»

Н.Н. Вопленко розглядає поняття тлумачення через призму його складових елементів, тобто з'ясування та роз'яснення та зазначає, що термін тлумачення філологічно пов'язаний з терміном пізнання, тому першим елементом тлумачення варто вважати саме з'ясування, яке пояснює гносеологічну природу процесу тлумачення. Роз'яснення наступний елемент тлумачення, який виражається в об'єктивації попередньої пізнавальної діяльності. На підставі вище вказаного науковець під поняттям тлумачення розуміє інтелектуально - вольову діяльність з з'ясування та роз'яснення змісту норм права в цілях їх правильної реалізації [5, с. 6–10].

У теорії кримінально-правової науки також існують різні позиції щодо визначення поняття тлумачення кримінального закону. Так, Н. С. Таганцев під тлумаченням кримінального закону розуміє роз'яснення змісту та смислу закону, розуміння для застосування закону в окремих випадках. Вчений заперечує точку зору, що тлумаченню підлягають недосконалі закони, і навпаки стверджує, що від досконалості закону, конкретних юридичних понять та чіткої юридичної мови залежать та набувають значення науки способи тлумачення законів, так як лише тоді можливе їх застосування до практичних ситуацій [6, с.87].

Я. М. Брайнін визначає тлумачення, як діяльність спрямовану на з'ясування змісту та цілі закону та вважає, що тлумаченню підлягають усі закони, а не лише ті, які не зрозумілі [8, с. 212–214].

Треба зазначити, що природно процес тлумачення, це розумова діяльність за допомогою якої в кінцевому результаті можна визначити зміст закону та його направленість, але мислення є невіддільним від діяльності. І саме тому потрібно підтримати думки тих науковців (М. Д. Шаргородський, А. С. Шляпочников, Л. С. Явич), які розглядають тлумачення як єдиний процес пізнання.

Ми підтримуємо позиції тих учених (В. В. Лазарев, А. С. Шабуров), які вважають, що поняття «тлумачення норм права» передбачає як з'ясування змісту норм права та отримання результату з'ясування, так і роз'яснення цього результату. У визначенні співвідношення між з'ясуванням і роз'ясненням у тлумаченні норм права в юридичній науці існує думка (А. С. Шляпочников, Л. С. Явич), що з'ясування правової норми та її роз'яснення становлять єдиний процес пізнання правової норми. Піголкін та М. Г. Александров не погоджуються з таким визначенням, вважаючи з'ясування і роз'яснення різними і самостійними процесами. Вони визначають тлумачення норм права як родове явище, що включає в себе два самостійних і різних видових поняття — з'ясування та роз'яснення.

Ю.Л. Власов вважає, що для визначення співвідношення між з'ясуванням та роз'ясненням треба виходити з цільового призначення тлумачення. Якщо з'ясовується норма права для себе, з'ясування виступає як самостійний процес пізнання норми права. Коли ж зміст норми роз'яснюється іншим, з'ясування та роз'яснення становлять єдиний процес, спрямований на доведення змісту норми права до третіх осіб, причому з'ясування передує роз'ясненню [10, с. 12–13].

Термін «тлумачення» має багато значень. При розкритті феномену тлумачення норм права часто використовують термін «інтерпретація». Більшість вчених розглядає вказані два терміни в якості синонімів [11, с. 89]. Законодавство України використовує термін «тлумачення норм права». У широкому значенні тлумачення визначають як пізнавальний процес, який спрямований на пояснення явищ природи, в тому числі і правових норм [12, с. 56].

На нашу думку треба погодитися з О. В. Капліною, що тлумачення норм права є стадійною діяльністю. Кожна стадія процесу тлумачення має свої риси, специфічні характеристики, мету, зміст, форму й методи реалізації. З'ясування є першим елементом тлумачення й забезпечує розуміння правової норми в процесі правотворчості, застосування норм права, систематизації нормативних актів. З'ясування — це внутрішній розумовий процес, що не виходить за межі свідомості інтерпретатора, воно характеризує гносеологічну природу тлумачення, його інтелектуальний бік, спрямованість на пізнання й пояснення смислу правових явищ. Розв'язання питання про етапи тлумачення та їхні взаємозв'язки залежить від того, який вид тлумачення здійснюється, від суб'єктного складу, а також мети правотлумачної діяльності [13, с. 11–12].

Перш ніж визначити поняття тлумачення кримінального закону необхідно виокремити ознаки такого тлумачення. Перш за все це діяльність певного суб'єкта тлумачення. Наступною ознакою тлумачення, як зазначає З. Загінєй, є те, що це пізнавальний, розумовий процес, спрямований на розуміння нормативного змісту кримінального закону України [14, с. 37]. Процес тлумачення об'єднує в собі два елементи з'ясування та роз'яснення. Здебільшого, на думку науковців, тлумачення – єдиний процес з'ясування і роз'яснення нормативно-правових приписів.

На підставі аналізу вище наведених позицій науковців можна визначити поняття тлумачення кримінального закону як діяльність суб'єкта тлумачення, що спрямована на пізнання та встановлення внутрішнього змісту (сенсу) кримінального закону для правильного його застосування. Саме для цього юридична наука розробляє систему способів тлумачення за допомогою яких можливо встановити реальний зміст (сене) кримінального закону, який виражений у тексті кримінального закону. Об'єктом тлумачення кримінального закону є текст та контекст кримінального закону. Предметом тлумачення є текст кримінального закону та тексти пов'язаних із ним джерел. Метою тлумачення кримінального закону є правильне, глибоке розуміння дійсного змісту (сенсу) кримінального закону та подальше розгорнуте та обгрунтоване пояснення.

1. Пузиков П.Д. Понятия и их определения. Под ред. И. Я. Чупахина. Мн., «Наука и техника», 1970. 72 с.

2. Настасяк І.Ю. Тлумачення правових норм: навчальний посібник/ Ірина Юрївна Настасяк. - Львів: ЛьвДУВС, 2009. - 336с.

3. Черданцев А. Ф. Толкование советского права. — М.: Юрид. лит., 1979—168 с.

4. Годика Ю.М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: Монографія. — Х.: Факт, 2003. — 328 с.

5. Официальное толкование норм права /Вопленко Н. Н. – М.: Юрид. лит., 1976. – 118с.
6. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2 т. Т. 1. - М.: Наука, 1994. - 380 с.
7. Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. – М. : Изд. Моск. ун-та, 1967. – 310 с.
8. Брайнін Я. М. Уголовный закон и его применение. М., «Юридическая литература», 1967.,240 с.
9. Шляпошников А. С. Толкования уголовного закона / А. С. Шляпников. - М., 1960. – 163 с.
10. Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права / Ю. Л. Власов. – К., 2001. - 255 с.
11. Сліденко І. Д. Тлумачення Конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду / І. Д. Сліденко. - О., 2003.
12. Черданцев А. Ф. «Толкование права и договора» : [Учебное пособие для вузов] / А. Ф. Черданцев. - М. : Юнити, 2003. - 540 с.
13. Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права: Монографія. — Х.: Право, 2008. — 296 с.
14. Загинеї З. Кримінально-правова герменевтика: монографія / З. Загинеї. - К.: Видавничий дім «АртЕк», 2015.-380 с.
15. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад, і голов. ред. В.Т. Бусел. - К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. - С. 1464.

РОЗУМІННЯ ОБ'ЄКТУ ЗЛОЧИНУ ЗЛОВЖИВАННЯ ВЛАДОЮ, СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ АБО ПОВНОВАЖЕННЯМИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Яциніна М.-М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Вчення про об'єкт злочину в науці кримінального права є одним з найголовніших та найбільш складних. Це пов'язано з тим, що відсутня єдина загальноприйнята та безспірна концепція об'єкта злочину, яка б відповідала тенденціям теорії та потребам практики. Концепції, які сьогодні існують у науці кримінального права суперечать одна одній та є надмірно заідеологізованими.

Дослідження об'єкта злочину є важливим з огляду на те, що вірне визначення об'єкта злочину має визначальне значення для криміналізації та декриміналізації діянь, правильної оцінки суспільної небезпеки злочину, та розмежування складів злочинів, що у свою чергу зумовлює правильну кримінально-правову кваліфікацію та правильне призначення покарання.

Об'єкт (від лат. *objectum* – те, на що спрямоване діяння людини та її пізнання) кримінального правопорушення – це те, що знаходиться під охороною кримінального закону, те чому воно заподіює шкоду.

Проблему визначення об'єкта злочину досліджували такі науковці: А. Е. Жалінський, С. В. Землюков, Н. П. Іваник, И. Я. Козаченко, Н. И. Коржанський, Г. Д. Коробков, В. В. Мальцев, П. С. Матишевський, В. Е. Мельникова, Б. С. Нікіфоров, Г. П. Новоселов, А. В. Пашковська, Н. І. Пікуров, І. Г. Соломоненко, В. Я. Тацій, А. Н. Трайнін, Є. В. Фесенко, А. І. Чучаєв та інші.

Серед вітчизняних та зарубіжних науковців існують такі підходи до того, що слід розуміти під об'єктом злочину:

- Суспільні відносини (Е. В. Мельникова, Н. П. Іваник, Р. Р. Галіакбароб, А. І. Чучаєв, Г. Д. Коробков, С. В. Землюков);
- Суспільні відносини (юридичні блага) або суспільні відносини і інтереси (Н. І. Пікуров, І. Г. Соломоненко);
- Права або інтереси і суспільні відносини (Л. А. Прохаров, М. Л. Прохорова);
- Блага (інтереси), цінності, які мають соціальне значення, правове благо, охоронюваний законом інтерес (А. В. Наумов, А. В. Пашковська, А. Е. Жалінський);
- Окремі люди або їх спільноти, відносини між людьми (Г. П. Новосолов, И. Я. Козаченко);
- Норма права (Таганцев);

У науці кримінального права вчення про об'єкт злочину бере початок з німецької доктрини. Так, А. Феєрбах об'єктом злочину (предметом охорони кримінального права) визначає права членів суспільства.

Ф. Ліст під об'єктом злочину розуміє охоронювані законом інтереси.

У сусідній Польщі дослідження проблеми об'єкта злочину бере початок з праць В. Вольтера. Під об'єктом злочину В. Вольтер розуміє реальні або ідеальні предмети, з якими пов'язані певні суспільні цінності, у зв'язку із чим вони є під охороною кримінального права.

У добу соціалізму у науці радянського кримінального права домінуючим був підхід, згідно з яким об'єктом злочину є суспільні відносини. Цей підхід здійснив значний вплив на подальший розвиток вчень про об'єкт злочину у пострадянських країнах та вважається класичним підходом до розуміння об'єкту злочину.

Незважаючи на свою усталеність, цей підхід має ряд недоліків. Зокрема, дотримуючись цього підходу, надмірна увага приділяється публічним інтересам, в той час, коли в умовах правової держави та громадянського суспільства пріоритет має належати людині, її правам, свободам та інтересам.

Також, прихильники підходу «об'єкт злочину-суспільні відносини» є не до кінця послідовними у дотриманні цього підходу, оскільки переходячи до конкретних складів злочинів визначають об'єктами права і свободи, громадську безпеку, мир і т.д., що аж ніяк не можна назвати суспільними відносинами.

Представники підходу «об'єкт злочину-суспільні відносини» стверджують, що лише дотримуючись такого підходу можливо відстежити механізм заподіяння шкоди об'єкту злочину.

Проте, концепція «об'єкт злочину-суспільні відносини» з точки зору формальної логіки також не є позбавленою недоліків. Відповідно до цієї концепції прийнято поділяти об'єкт злочину на загальний, родовий, видовий і безпосередній. Г. П. Новосолов зазначає, що такий поділ є непослідовним, оскільки «в

юридичній літературі під безпосереднім об'єктом злочину пропонується розглядати складову частину родового об'єкта, а в останньому – складову частину загального об'єкта, в той час, коли з точки зору філософії не окреме має бути частиною особливого і загального, а, навпаки, особливе і загальне завжди вважалися складовими окремого.

Г. П. Новосьолов вважає ці поняття не співвідносяться як частина і ціле, а просто мають спільні ознаки.

Підхід «об'єкт злочину – суспільні відносини» є затеоретизованим та заідеологізованим нав'язаним шаблоном у межах загальної частини кримінального права, який важко, а подекуди неможливо застосувати до конкретних складів злочинів.

У вітчизняній та зарубіжній доктрині існують альтернативні підходи до розуміння об'єкту злочину.

Так, німецький вчений М. Маркс в своїй монографії «Про дефініцію об'єкта злочину» зазначає, що таких предметів охорони які стосуються держави чи суспільства не існує, «єдиною самоціллю, якій повинна служити держава є людина». Об'єктом злочину є речі, які забезпечують належне існування людини. Відповідно, дотримуючись цього новітнього підходу, ціллю кримінального права є охорона прав та законних інтересів людини, які забезпечують її належне існування.

Подібну позицію займають Є. В. Фесенко та П. С. Матишевський, які під об'єктом злочину розуміють цінності.

Згідно ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Тому, на нашу думку об'єктом кримінально-правової охорони у першу чергу є людина, її права, свободи та охоронювані законом інтереси. Проте, системний аналіз диспозицій особливої частини Кримінального кодексу України показує, що об'єктом злочину виступають також державні чи громадські інтереси та інтереси юридичних осіб.

Таким чином, на нашу думку, об'єктом кримінального правопорушення є людина, її права, свободи та охоронювані законом інтереси а також державні чи громадські інтереси та інтереси юридичних осіб, які порушуються внаслідок вчинення злочину. Такий підхід кореспондує підходові, згідно з яким об'єктом злочину є цінності, оскільки цінності є родовим поняттям щодо вищезазначених об'єктів.

2. Більшість учених вважає, що родовим об'єктом досліджуваної групи злочинів є правильна, що відповідає політиці держави, діяльність державного чи громадського апарату.

Такий підхід домінував у науковій літературі до 1 липня 2011 року.

Від 1 липня 2011 року домінуючою є позиція, згідно з якою родовим об'єктом цієї групи злочинів є суспільні відносини, які визначають і регулюють зміст правильної роботи державного апарату і апарату органів місцевого самоврядування, об'єднання громадян, підприємств установ і організацій, незалежно від форм власності, а також осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Схожим є підхід, згідно з яким родовим об'єктом досліджуваної групи злочинів є суспільні відносини, що забезпечують нормальну, тобто таку, зміст і

порядок здійснення якої визначені законодавством, діяльність державного апарату, апарату управління органів місцевого самоврядування, громадських об'єднань, інших юридичних осіб як публічного, так й приватного права, а також суспільні відносини, що забезпечують здійснення регламентованої законодавством професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Слущька Т.І. вважає, що родовим об'єктом злочинів у сфері службової діяльності, є суспільні відносини, які виникають у зв'язку зі здійсненням службовою особою діяльності відповідно до нормативно-правових актів, що становить правильну роботу державного апарату й апарату органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності.

Задоя К.П. пропонує розглядати родовий об'єкт злочинів у сфері службової діяльності як суспільні відносини соціального управління, в яких суб'єкти управління реалізують керуючий вплив, що надається їм в результаті особливих процедур, передбачених правовими актами, здійснюється у межах та в спосіб, що передбачені правовими актами, й забезпечується можливістю застосування правових наслідків за ухилення від дії такого впливу.

На нашу думку, об'єктом службових злочинів є права та охоронювані законом інтереси кожної людини щодо правильної діяльності механізму держави, тобто така діяльність державних органів та підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, що гарантує дотримання прав людини та жодним чином їх не порушує.

3. Основним безпосереднім об'єктом злочину «Зловживання владою або службовим становищем» є охоронювані законом права, свободи та інтереси окремих громадян, держані, громадські інтереси та інтереси юридичних осіб щодо правильної діяльності суб'єктів злочину, передбаченого ст. 364 КК України.

Основним безпосереднім об'єктом злочину «Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми» є охоронювані законом права, свободи та інтереси окремих громадян, держані, громадські інтереси та інтереси юридичних осіб щодо правильної діяльності суб'єктів злочину, передбаченого ст. 364-1 КК України.

Основним безпосереднім об'єктом злочину «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги» є охоронювані законом права, свободи та інтереси окремих громадян, держані, громадські інтереси та інтереси юридичних осіб щодо правильної діяльності суб'єктів злочину, передбаченого ст. 365-2 КК України.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА

Басва Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно з Конституцією України надання правової допомоги фізичним та юридичним особам в Україні здійснює адвокатура. Для того, щоб така допомога була надана на належному рівні, адвокатська діяльність має здійснюватися високопрофесійними, високоморальними особистостями, які мають сумлінно виконувати свою правову громадянську функцію.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р. визначає правовий статус адвоката (порядок набуття права на заняття адвокатською діяльністю, його права і обов'язки, порядок та умови припинення права на заняття адвокатською діяльністю тощо), види адвокатської діяльності та її гарантії, питання адвокатського самоврядування. Одними з інститутів, що покликані забезпечити законність та ефективність адвокатської діяльності є інститути припинення адвокатської діяльності і дисциплінарна відповідальність адвоката.

Дискусійним питанням у цьому плані є наявність у адвоката права займатися адвокатською діяльністю, якщо обвинувальний вирок суду щодо нього набрав законної сили, а рішення районної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури не винесене у зв'язку з відсутністю інформації про засудження адвоката. На практиці виникають казуси, коли адвоката засуджено за вчинення злочину (за Законом від 2012 р. – особливо тяжкого, тяжкого або злочину середньої тяжкості, за який призначено покарання у виді позбавлення волі), а адвокат не повідомляє КДКА про те, що вирок стосовно нього вступив у законну силу, і продовжує займатися адвокатською діяльністю. На жаль, закон не врегулює питання щодо механізму повідомлення кваліфікаційно-дисциплінарної комісії про засудження адвоката з набранням вироку щодо нього законної сили. У цьому зв'язку є необхідність внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», які б визначали суб'єкта і порядок повідомлення КДКА про вищезгадані обставини. Видається, що таким суб'єктом має бути прокурор, який підтримував у кримінальному провадженні щодо адвоката державне обвинувачення, і, крім того, є представником органу, що зобов'язаний забезпечувати законність у всіх сферах суспільного життя. Відтак прокурор, однією з функцій якого є нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень в кримінальних справах, повинен повідомити кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури про набрання законної сили вирокком суду щодо адвоката. Попутно зауважимо, що згідно ст. 32 Закону України «Про ад-

вокатуру та адвокатську діяльність» адвокатська діяльність припиняється лише у випадку засудження особи за вчинення особливо тяжкого, тяжкого злочину або злочину середньої тяжкості до позбавлення волі. Однак видається, що адвокатська діяльність мала би припинитися у випадку засудження адвоката за вчинення будь-якого умисного злочину, оскільки така форма вини, незалежно від тяжкості злочину, свідчить про низькі моральні якості особистості, її невідповідність вимогам Правил адвокатської етики.

Повертаючись до механізму повідомлення КДКА про факт набрання вироком щодо адвоката законної сили, то у Законі слід передбачити, що у випадку неповідомлення прокурором про набрання обвинувальним вироком щодо адвоката законної сили, таке повідомлення зобов'язаний зробити сам адвокат. Ще в Науково-практичному коментарі до Закону України «Про адвокатуру» 1992 р. Т.В. Варфоломєєва і С.В. Гончаренко зазначали, що, по-перше, судимість є обставиною, що виключає можливість займатися адвокатською діяльністю; засудження адвоката за вчинення злочину припиняє після набрання вироком законної сили адвокатської діяльності такої особи, а свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю анулюється. Причому, у Законі 1992 року було вказано, що адвокат *може бути* позбавлений такого права, а вже ст. 32 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» містить безальтернативну норму – адвокатська діяльність *припиняється*...

Виникає питання, чи може бути адвокат притягнений до дисциплінарної відповідальності з підстави неповідомлення кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури про набрання вироку суду щодо нього законної сили стосовно його засудження за вчинення особливо тяжкого, тяжкого або злочину середньої тяжкості до позбавлення волі.

В Законі перелічені підстави притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, це: 1) порушення вимог несумісності; 2) порушення присяги адвоката України; 3) порушення правил адвокатської етики; 4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; 5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; 6) невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; 7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом. З огляду на вищенаведене на поставлене нами питання щодо притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності можна відповісти ствердно, оскільки і в тексті присяги адвоката (ст. 11 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), і в Правилах адвокатської етики (преамбула, ст. 7) йдеться про неухильне додержання принципу законності. І навіть при тій умові, що на сьогодні Закон не містить вимоги про обов'язок адвоката повідомляти про набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо нього у вчиненні особливо тяжкого, тяжкого або злочину середньої тяжкості, за який призначено покарання у виді позбавлення волі, адвокат, знаючи вимоги законодавця про те, що його адвокатська діяльність має бути припинена, і всупереч цій вимозі продовжує її, тим самим порушує вимоги законності, дотримання яких вимагає Закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правила адвокатської етики.

**СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА НЕГЛАСНИМИ СЛІДЧИМИ
(РОЗШУКОВИМИ) ДІЯМИ НЕ ПОВ'ЯЗАНИМИ
З ВТРУЧАННЯМ У ПРИВАТНЕ СПІЛКУВАННЯ***Багрій М.**Львівський національний університет імені Івана Франка*

Важливою умовою реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина є контроль за законністю в діяльності органів досудового розслідування. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій у більшості випадків пов'язане із тимчасовим обмеженням конституційних прав особи, а тому наявність судового контролю є надійним та ефективним засобом захисту таких осіб у кримінальному провадженні.

1. Вирішення питань, пов'язаних із законністю проведення негласних слідчих (розшукових) дій є однією з форм судового контролю за досудовим розслідуванням кримінального провадження. Ця форма контролю має свої особливості. Пов'язані вони з тим, що слідчий суддя перевіряє насамперед законність правових підстав для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (і лише тих, які можуть бути проведені з дозволу слідчого судді). Крім того, якщо рішення щодо проведення приймалось слідчим або прокурором, то таке рішення не може бути оскаржено до слідчого судді. Це впливає із статті 303 КПК, де чітко і вичерпно передбачені рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які можуть оскаржуватися під час досудового розслідування.

Таким чином, під судовим контролем за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій слід розуміти діяльність слідчого судді Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя, яка полягає у перевірці законності підстав для проведення негласної слідчої (розшукової) дії та наданні (або ненаданні) дозволу на її проведення.

2. Згідно положень глави 21 КПК України усі негласні слідчі (розшукові) дії поділяються на дві групи: ті, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування, і ті, що не пов'язані з таким втручанням (інші негласні слідчі (розшукові) дії). Щодо першої групи негласних слідчих (розшукових) дій, то усі вони є об'єктом судового контролю, за винятком зняття інформації з електронних інформаційних систем, у випадку, коли доступ до них не обмежується їх власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 3 ст. 264 КПК). У даному випадку є певна логіка у конструюванні зазначеної норми. Оскільки, якщо власник, володільць або утримувач майна не заперечує проти доступу до такого майна, або це не пов'язано з подоланням відповідних обмежень для такого доступу (логінів, паролей), то це не пов'язано з обмеженням конституційних прав особи, а отже, не потребує судового контролю.

3. Аналіз другої групи негласних слідчих (розшукових) дій дає підстави стверджувати, що дозволу слідчого судді потребують внесені клопотання щодо проведення наступних негласних слідчих дій: обстеження публічно недоступних

місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267 КПК), встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК), спостереження за особою (ч. 2 ст. 269 КПК), моніторинг банківських рахунків (ст. 269-1 КПК), аудіо-, відео контроль місця (ст. 270 КПК), контроль за вчиненням злочину (у випадку, передбаченому ч. 8 ст. 271 КПК), негласне отримання зразків для порівняльного дослідження (ст. 274 КПК). У зазначених випадках слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертаються з відповідним клопотанням до слідчого судді про надання дозволу (або відмову у такому) на проведення негласної слідчої (розшукової) дії. Таким чином, законодавець при конструюванні відповідних норм виходив з концепції про те, що об'єктом судового контролю повинні бути в першу чергу негласні слідчі (розшукові) дії, які пов'язані з втручанням у приватне спілкування, хоча, звичайно, цими діями судовий контроль не завершується.

Відповідно до вищенаведеного можна стверджувати, що поза судовим контролем залишилося проведення наступних негласних слідчих (розшукових) дій, не пов'язаних з втручанням у приватне спілкування: спостереження за місцем або річчю (ч. 1 ст. 269 КПК), контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК (за винятком ч. 8)), виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК).

4. Згідно ч. 1 ст. 269 КПК України для пошуку, фіксації і перевірки під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину відомостей про особу та її поведінку або тих, з ким ця особа контактує, або певної речі чи місця у публічно доступних місцях може проводитися візуальне спостереження за зазначеними об'єктами або візуальне спостереження з використанням відеозапису, фотографування, спеціальних технічних засобів для спостереження. Аналіз зазначеної норми дає підстави вважати, що законодавцем процесуальний порядок проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії поділено на два види: спостереження за особою (ч. 2, 3 ст. 269 КПК) та спостереження за річчю або місцем (ч. 1 ст. 269 КПК). Відповідно об'єктом судового контролю виступає лише перший вид, оскільки у зазначеній нормі прямо передбачено необхідність постановлення ухвали слідчого судді.

5. Також не є об'єктом судового контролю виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК). У даному випадку є певна логіка у конструюванні зазначеної норми, оскільки організація та процесуальний порядок її проведення є виключною компетенцією прокурора та керівника органу досудового розслідування.

6. Деякі питання залишаються лише щодо контролю за вчиненням злочину. За загальним правилом, відповідно до ч. 4 ст. 246 КПК виключно прокурор має право прийняти рішення про контроль за вчиненням злочину. Проте, відповідно до ч. 8 ст. 271 КПК, якщо при проведенні контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися на підставі рішення слідчого судді. В даному випадку виникає запитання: що слід розуміти під тимчасовим обмеженням конституційних прав особи, та чи не обмежуються такі права у кожному випадку проведення контролю за вчиненням злочину. Відповідно до ст.ст. 31, 32 Конституції України кожному

громадянину гарантоване право на приватне спілкування, а також право на таємницю його особистого і сімейного життя. Під час проведення контролю за вчиненням злочину, ці конституційні гарантії особи зазнають тимчасових обмежень, а отже потребують судового контролю. Тому, доцільним видається внесення змін до ст. 246 КПК та передбачення наявності ухвали слідчого судді у кожному випадку проведення контролю за вчиненням злочину, при цьому ініціатива щодо його проведення повинна виходити виключно від прокурора.

7. Врегулювавши загальний порядок надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, законодавець передбачив особливий порядок проведення деяких негласних слідчих (розшукових) дій до постановлення ухвали слідчим суддею. Так, відповідно до ч. 1 ст. 250 КПК у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XII, XIV, XV, XVII Особливої частини Кримінального кодексу, негласна слідча (розшукова) дія може бути розпочата до постановлення ухвали слідчого судді у випадках, передбачених КПК України, за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. Буквальне тлумачення цієї норми вказує на, що невідкладно негласні слідчі (розшукові) дії можуть бути проведені лише у випадках, передбачених кримінальним процесуальним законом. Такими негласними слідчими (розшуковими) діями є установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ч. 4 ст. 268 КПК) та спостереження за особою (ч. 3 ст. 269 КПК). У даному випадку позиція законодавця є не зовсім зрозумілою. На нашу думку, слід внести зміни до ст. 250 КПК, та надати можливість проводити невідкладно негласні слідчі (розшукові) дії і в інших випадках. Тим більше, що прокурор у цьому випадку зобов'язаний звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді. Тобто, невідкладність негласної слідчої (розшукової) дії слід розуміти лише як початок її проведення, а далі здійснюється судовий контроль за її проведенням.

Підсумовуючи вищенаведене слід зазначити, що основним напрямком удосконалення правового регулювання законодавства про негласні слідчі (розшукові) дії повинна бути чітка конкретизація норм КПК України, а також розширення судового контролю за провадженням негласних слідчих (розшукових) дій, не пов'язаних з втручанням у приватне спілкування.

РІШЕННЯ СУДУ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ ЗА НАСЛІДКАМИ ПЕРЕВІРКИ ВИРОКУ, ЯКИМ ЗАТВЕРДЖЕНА УГОДА ПРО ПРИМИРЕННЯ АБО ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На відміну від наслідків апеляційного розгляду, визначених у ч. 1 ст. 407 КПК України, у главі 31 КПК України відсутня окрема стаття, присвя-

чена розкриттю змісту вищенаведених рішень. Однак формулювання на початку ч. 2 ст. 407 КПК України вносить певне розуміння щодо того, яких судових рішень стосуються закріплені у ній процесуальні санкції. З його змісту випливає, що йдеться про рішення суду апеляційної інстанції, які ухвалюються за результатами перевірки вироку, яким затверджена угода про примирення або про визнання винуватості.

Утім, у судовій практиці мають місце випадки оскарження й перевірки ухвали суду першої інстанції про відмову в затвердженні угоди, що не передбачено кримінальним процесуальним законом, та ухвалення апеляційною інстанцією за наслідками апеляційного розгляду рішень, передбачених ч. 2 ст. 407 КПК України (Ухвала Апеляційного суду Сумської області від 6 лютого 2014р. Справа №580/2508/13-к. Провадження № 11-кп/788/74/14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37004981>; Ухвала Апеляційного суду Кіровоградської області від 21 жовтня 2014 р. Провадження № 11-кп/781/807/14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41080537>; Ухвала Апеляційного суду Черкаської області від 24 червня 2015 р. Справа № 712/5575/15-к. Провадження № 11-кп/793/555/15. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46239130>).

Здійснюючи перевірку вироку на підставі угоди, апеляційна інстанція повинна з'ясувати дотримання судом першої інстанції положень ч. 7 ст. 474 КПК України.

Передусім, суду апеляційної інстанції належить визначити дотримання низки процесуальних умов проведення судового провадження на підставі угоди, зокрема добровільність її укладення, роз'яснення сторонам угоди їх прав, усвідомлення наслідків укладення та затвердження угоди, а також зміст самої угоди.

Після цього, виходячи з п. 6 ч. 7 ст. 474 КПК України, апеляційна інстанція повинна дійти переконання про наявність фактичних підстав для визнання винуватості, тобто відповідність обвинувачення зібраним доказам, вчинення кримінального правопорушення обвинуваченим, який є однією із сторін угоди, та визнання ним своєї вини.

Варто зауважити, що припис, який зобов'язує суд першої інстанції здійснити перевірку правильності кримінально-правової кваліфікації кримінального правопорушення (п. 1 ч. 7 ст. 474 КПК України), спрямований не на забезпечення її точності і повноти, а на дотримання сторонами угоди вимог КПК України про кримінальне правопорушення, за якого вона може бути укладена та затверджена.

Такий висновок підтверджується й матеріалами судової практики. Так, залишаючи апеляційну скаргу прокурора, подану на вирок Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області від 10 жовтня 2014 р., яким затверджено угоду про визнання винуватості від 22 вересня 2014 р., укладену між прокурором Ніжинської міськрайонної прокуратури та обвинуваченим ОСОБА_3 без задоволення, колегія суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Чернігівської області у мотивувальній частині ухвали зазначила: «Відповідно дослідження обставин вчинення злочинів, дослідження доказів по справі, їх оцінка з метою правильності чи ні кваліфікації дій обвинуваченого в деякій мірі

суперечила б засадам кримінального провадження на підставі угод. Постановляючи вирок на підставі угоди, суд не здійснює оцінку фактичних обставин вчиненого кримінального правопорушення, а перевіряє лише відповідність угоди встановленим кримінальним процесуальним вимогам» (Ухвала Апеляційного суду Чернігівської області від 27 липня 2015 р. Справа № 740/4205/14. Провадження № 11-кп/795/503/2015. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47684774>).

Однак такий законодавчий підхід і викладена правова позиція суду вищого рівня видаються помилковими, оскільки предметом угоди має бути не кримінально-правова кваліфікація, а формулювання обвинувачення, про яке домовилися її сторони. Натомість кримінально-правова кваліфікація є результатом оцінки погоджених сторонами угоди фактичних обставин кримінального провадження, що виражається у визначенні кримінально-правової норми (кримінально-правових норм), яка передбачає відповідальність за вчинене. Неприйнятність законодавчої регламентації позиції суду апеляційної інстанції з цього питання полягає ще й у тому, що правильна кримінально-правова кваліфікація є запорукою не тільки справедливого покарання, але й звільнення від його відбування з випробуванням, про що також може зазначатися в угоді. З огляду на це, апеляційна інстанція, на наш погляд, зобов'язана перевірити вирок на підставі угоди й у частині кримінально-правової кваліфікації під кутом зору неправильного застосування закону України про кримінальну відповідальність (ст. 413 КПК України).

Формальна роль суду першої інстанції у затвердженні угоди стосується й покарання. Так, згідно ч. 1 ст. 475 та ч. 5 ст. 65 КК України у випадку затвердження вироків угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди. Утім можлива ситуація порушення сторонами угоди загальних і спеціальних правил призначення покарання (для прикладу, узгодження найсуворішого виду та максимального розміру покарання, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК України, у той час, як обвинувачений вчинив кримінальне порушення вперше, з необережною формою вини, широко розкався; узгодження основного покарання, не передбаченого в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК України і т.п.). У такому випадку суд апеляційної інстанції скасовує вирок, керуючись п. 3 ч. 7 ст. 474 КПК України (умови угоди порушують права, свободи чи інтереси сторін або інших осіб).

Водночас апеляційна практика визнає, що остаточне покарання за сукупністю вироків визначає суд першої інстанції (Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 26 серпня 2015 р. Справа №473/1960/15-к. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49033106>).

За наявності хоча б однієї з передбачених у ч. 7 ст. 474 КПК України обставин, суд апеляційної інстанції залежно від стадії кримінального провадження, в якій була укладена угода, має скасувати вирок і направити кримінальне провадження для здійснення досудового розслідування, якщо угоду було укладено на цьому етапі кримінального провадження, або для проведення судового провадження в загальному порядку, якщо прокурор звернув-

ся до суду з обвинувальним актом, а угоду було укладено під час підготовчого провадження чи судового розгляду, тобто ухвалити рішення, яке повинен був прийняти суд першої інстанції.

Проте такі вимоги іноді порушуються судами апеляційної інстанції. Для прикладу, Колегія суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Кіровоградської області Вирок Петрівського районного суду Кіровоградської області від 8 червня 2015 р., яким затверджено угоду від 28 травня 2015 р. про примирення між потерпілою ОСОБА_4 та обвинуваченим ОСОБА_3, скасовано і призначено новий судовий розгляд у тому ж суді першої інстанції в іншому складі, незважаючи на те, що угоду про примирення між потерпілим ОСОБА_4 та підозрюваним ОСОБА_3 було укладено під час досудового розслідування (Ухвала Апеляційного суду Кіровоградської області від 25 серпня 2015 р. Провадження № 11-кп/781/759/15. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48931508>).

Системний аналіз кримінального процесуального закону дозволяє виділити ще одне рішення суду першої інстанції, перевірка якого може завершитись застосуванням апеляційною інстанцією одного з пунктів ч. 2 ст. 407 КПК України. Мова йде про ухвалу суду першої інстанції, якою відмовлено у скасуванні вироку, яким була затверджена угода. Згідно ч. 3 ст. 476 КПК України наслідком скасування судом першої інстанції вироку є призначення судового розгляду в загальному порядку або направлення матеріалів провадження для здійснення досудового розслідування в загальному порядку. Аналогічне рішення ухвалює й апеляційна інстанція щодо такої ухвали за наявності для цього підстав (Ухвала Апеляційного суду Черкаської області від 29 липня 2014 р. Справа № 697/1541/13-к. Провадження № 11-кп/793/512/14 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39969308>).

Водночас з ч. 2 ст. 407 КПК України вбачається, що обидва аналізовані рішення далеко не єдині, які уповноважена прийняти апеляційна інстанція за результатами апеляційного розгляду вироку на підставі угоди. Решта рішень передбачені ч. 1 ст. 407 КПК України. Звідси виникає необхідність у розмежуванні повноважень суду апеляційної інстанції за наслідками перевірки вироку, яким затверджена угода.

В наявності конкуренція загальних (ч. 1 ст. 407 КПК України) і спеціальних норм (ч. 2 ст. 407 КПК України), яка вирішується на користь спеціальних норм. Тобто, якщо виявлені обставини, передбачені ч. 7 ст. 474 КПК України, то підлягають застосуванню рішення, визначені ч. 2 ст. 407 КПК України. У разі встановленні інших порушень закону (ухвалення вироку за відсутності події кримінального правопорушення, відсутності в діянні обвинуваченого складу правопорушення, а також недоведеності вчинення обвинуваченим кримінального правопорушення; неправильна кримінально-правова кваліфікація кримінального правопорушення; порушення загальних та спеціальних правил призначення покарання), суду апеляційної інстанції належить застосувати рішення, визначені у ч. 1 ст. 407 КПК України.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПІДСТАВ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ПРОКУРОРОМ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Вітрук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Підставою представництва прокурором інтересів громадянина є якщо така особа не спроможна самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження через недосягнення повноліття, недієздатність або обмежену дієздатність, а законні представники або органи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси такої особи, не здійснюють або неналежним чином здійснюють її захист. Таким чином, новий Закон України «Про прокуратуру» звузивши перелік підстав для представництва прокурором інтересів громадян, також встановив передумову звернення прокурора до суду бездіяльність осіб та органів, які повинні були б захищати інтереси громадян. Наявність підстав має бути підтверджена прокурором шляхом надання суду відповідних доказів. Для представництва інтересів громадянина в суді прокурор також повинен надати документи, що підтверджують недосягнення повноліття, недієздатність або обмежену дієздатність відповідного громадянина, а також письмову згоду законного представника або органу, якому законом надано право захищати права, свободи та інтереси відповідної особи, на здійснення ним представництва.

Прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу.

Важливою гарантією від безпідставного втручання прокуратури у цивільно-правові відносини є встановлений законом порядок підтвердження судом підстав для представництва. Крім того, прокурор зобов'язаний попередньо, до звернення до суду, повідомити про це громадянина та його законного представника або відповідного суб'єкта владних повноважень. Якщо ці особи не погоджуються з думкою прокурора, то вони наділені правом оскаржити його дії. Однак, закон не встановлює порядку такого оскарження, в зв'язку з цим, вважаємо, що таке оскарження після повідомлення особі прокурором можливе до вищестоящего прокурора, а в суді така особа повинна бути наділена правом відкликати цивільний позов прокурора.

Таким чином, неспроможність громадянина самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження під час кримінального провадження може обумовлюватись лише наступними підставами:

- недосягнення особою повноліття;
- недієздатністю або обмеженою дієздатністю.

Представництво інтересів громадянина або держави здійснюється прокурором 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.

КПК України 2012 року звужив коло осіб в інтересах яких прокурор може пред'являти цивільний позов. Вважаємо, що така позиція законодавця є цілком обґрунтованою, оскільки неможливе перетворення прокурора в безкоштовного (громадського) захисника, виконуючого дії за вимогою довірителя (будь-якої) особи. Однак, ще більше обмеження Законом України «Про прокуратуру» цих категорій осіб, на нашу думку, є завчасним, оскільки саме в кримінальному провадженні доцільно було б залишити дискреційні повноваження прокурора щодо представництва ширшої категорії осіб. Це зумовлено недостатнім рівнем надання державної правової допомоги громадянам, а тому саме прокурор повинен був захищати інтереси більшості потерпілих у кримінальному провадженні.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ, ОГЛЯДУ ЖИТЛА ТА ІНШОГО ВОЛОДІННЯ АДВОКАТА

Войнарович А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат належить до специфічного кола суб'єктів у державі, які, у першу чергу, покликані забезпечувати конституційні права та свободи громадян. Але, очевидно, для цієї діяльності адвокату необхідно мати дієву та ефективно-налагоджену систему правових гарантій, яка б давала йому можливість у повному обсязі, спираючись на закон, здійснювати обов'язок відносно захисту (у широкому розумінні) прав громадян. Зрозуміло, що такі гарантії мають бути виражені у праві, тобто закріплені на законодавчому рівні. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську

діяльність» (далі по тексту – Закон) у ст. 23 визначає гарантії адвокатської діяльності в Україні [1]. А також, об'єктивно, значна частина гарантій адвокатської діяльності знаходить своє відображення та уточнення у КПК України.

Справедливо, що в Україні важливого значення набувають гарантії, пов'язані з особливостями притягнення адвокатів до кримінальної відповідальності та проведенням відносно них процесуальних дій у рамках кримінального провадження.

Закон у ст. 23 визначає особливості проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвокатом. А саме, проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката слідчий суддя, суд у своєму рішенні в обов'язковому порядку зазначає перелік речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії чи застосування заходу забезпечення кримінального провадження. Водночас, частиною другою статті 23 Закону встановлено, що під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону. Для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, завчасно повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії. Звісно, обшук може проводитися і без представника ради адвокатів, але за умови, що раду було завчасно повідомлено, а її представник не прийшов. [1]

Органи адвокатського самоврядування, на розвиток вищевказаних норм Закону, прийняли акт (Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів, затверджений Рішенням Ради адвокатів м. Києва протокол від « 17 » січня 2013 року), яким зобов'язують суб'єктів, що ведуть кримінальне провадження (службову особу, яка проводитиме слідчу дію) попереджати Раду адвокатів Київської ради про проведення огляду чи обшуку житла чи іншого володіння адвоката та вручати уповноваженому Радою представнику копію ухвали слідчого судді про проведення таких процесуальних дій [2].

Водночас, спостерігаємо те, що слідчі, які безпосередньо проводять обшуки житла чи іншого володіння адвокатів, не повідомляють про проведення обшуку раду адвокатів регіону за місцем проведення обшуку, не допускають до обшуку представників Ради адвокатів регіону.

Варто підкреслити те, що ст. 397 Кримінального кодексу України передбачає відповідальність за вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці, зокрема, якщо ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища [3].

Однак, постає питання чи все ж таки відбувається порушення гарантій адвокатської діяльності у кримінальному провадженні? КПК України є основ-

ник актом, який регулює порядок кримінального провадження на території України. Зокрема, у цьому нормативно-правовому акті визначається порядок проведення слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій. У ст.ст. 233-237 КПК України визначається загальний порядок проведення обшуку та огляду житла чи іншого володіння особи. Глава 37 КПК України визначає особливості кримінального провадження щодо окремої категорії осіб, до яких належить і адвокат. Однак, особливостей, пов'язаних із проведення обшуку чи огляду його житла чи іншого володіння у вказаній главі не передбачається. [4]

З точки зору теорії права, у цьому випадку спостерігається прогалина у законі, яка, як вдало зазначає В. В. Лазарев: має місце там, де нормативний акт, регулюючи суспільні відносини в загальній формі, залишає певні аспекти цих відносин або подібних до них без правового опосередкування, у той час як воно має бути саме в цьому нормативному акті. [5; 9] При цьому у випадку із прогалиною в законі йдеться про відсутність необхідної норми саме в тому законі, який встановлює загальні межі правового регулювання певної групи відносин. Однак цілком ймовірно, що ці відносини можуть бути врегульовані в іншому законі.

Таким чином, важливо підкреслити те, що вищевказана ситуація не є суперечністю між Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і КПК України, а конкуренцією загальної та спеціальної норми. Вочевидь, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» міститиме спеціальну норму у питанні гарантій адвокатської діяльності по відношенню до КПК України. Тож, службова особа, яка уповноважена провести обшук, огляд житла чи іншого володіння адвоката повинна попередити Раду адвокатів регіону про таку процесуальну дію. Однак, практична реалізація його викликає багато проблем та питань: спосіб попередження, термін попередження, права та статус представника ради адвокатів регіону під час проведення процесуальної дії, збереження таким суб'єктом таємниці досудового розслідування, наслідки для кримінального провадження у випадку не попередження органу адвокатського самоврядування про проведення зазначених слідчих дій та ін.

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.

2. Порядок дій з питань забезпечення гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів, затверджений Рішенням Ради адвокатів м. Києва протокол від 17 січня 2013 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kmdkka.com/sites/default/files/files/poryadok_reaguvannya_10.04.2013-1.pdf

3. Кодекс кримінальний, ВР України, від 05.04.2001, No 2341-III «Кримінальний кодекс України

4. Кримінальний процесуальний кодекс України. – К : Центр навч. л-ри, 2012. – 292 с.

5. Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения : научн. изд. / В. В. Лазарев. – М. : Юрид. лит., 1974. – 184 с.

УСУНЕННЯ ПРИСЯЖНОГО ВІД УЧАСТІ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Волоско І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законодавець передбачив, що присяжний може бути усунутий від подальшої участі в судовому розгляді кримінального провадження у таких випадках:

1) у разі невиконання присяжним обов'язків, передбачених ч. 2 ст. 386 КПК України;

2) за наявності обґрунтованих підстав вважати, що присяжний у результаті незаконного впливу втратив неупередженість, необхідну для вирішення питань кримінального провадження відповідно до закону.

У ст. 386 КПК, окрім прав присяжного, передбачені його обов'язки, які він має належно виконувати з метою успішного виконання завдань кримінального провадження. Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, має забезпечити кожному право на справедливий, безсторонній суд. Заборони, які містяться у п.п. 3, 4, 5, 6 ст. 386, спрямовані на те, щоб у присяжного формувати його внутрішнє переконання лише на основі тієї інформації, яку він отримує під час судового розгляду, та щоб на нього не чинилося будь-якого тиску і він залишався неупередженим.

Розглянемо кожен з обов'язків в контексті усунення присяжного.

Так, присяжний зобов'язаний правдиво відповісти на запитання головуючого і учасників судового провадження щодо можливих перешкод, передбачених КПК або законом, для його участі в судовому розгляді, його стосунків з особами, які беруть участь у кримінальному провадженні, що підлягає розгляду, та поінформованості про його обставини, а також на вимогу головуючого подати необхідну інформацію про себе. Отримуючи виклик суду про участь у судовому провадженні, присяжний також ознайомлюється з підставами для увільнення його від такої участі та обставинами, що виключають його участь в кримінальному провадженні. У разі з'ясування в ході судового провадження обставин, що виключають участь присяжного, йому заявляється відвід. Присяжний зобов'язаний подавати необхідну інформацію про себе з урахуванням ст. 15 КПК (невтручання в приватне життя).

Незважаючи на те, що присяжний виступає як суддя під час судового розгляду, він повинен дотримуватися порядку в судовому засіданні і виконувати розпорядження головуючого. Обов'язок додержуватися порядку в судовому засіданні і виконувати розпорядження головуючого означає, що на присяжного поширюється дія ст.ст. 329-330 КПК, де прописані обов'язки присутніх у залі судового засідання та заходи, які застосовуються до порушників порядку судового засідання. У разі невиконання розпорядження головуючого особами, присутніми в судовому засіданні, головуючий робить їм попередження про відповідальність за неповагу до суду.

Судовий розгляд відбувається безперервно, крім часу, відведеного на відпочинок. Дотримуючись принципу незмінності складу суду (ст. 319 КПК), присяжний зобов'язаний перебувати постійно під час судового розгляду у залі судового засідання. За забезпечення належного порядку під час судового провадження відповідає головуючий і тому всі присутні, в тому числі й присяжні, не мають відлучатися із залу судового засідання під час судового розгляду, оскільки це розцінюється як порушення порядку і розглядається як неповага до суду.

Не спілкуватися без дозволу головуючого з особами, що не входять до складу суду, стосовно суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього – обов'язок, спрямований на те щоб унеможливити вплив на присяжного з боку інших осіб і відповідно в подальшому, щоб забезпечити встановлення об'єктивної істини по справі. Для недопущення втручання у роботу присяжного і виключення впливу на його свідомість та зміну думки щодо провадження, яке розглядається, без дозволу головуючого присяжному забороняється спілкування з особами, які не входять до складу суду, щодо суті провадження, процесуальних дій, що здійснюються під час нього. У зв'язку з цим у судах мають бути створені такі умови, які б дозволяли присяжних: виконувати свої функції (місця у залі судового засідання як для основних, так і запасних присяжних, кімнати відпочинку тощо).

Присяжному також не належить обов'язок збирати відомості, що стосуються кримінального провадження, поза судовим засіданням. Обов'язок збирання доказів покладений на сторони кримінального провадження, а присяжний, відповідно до КПК, наділений повноваженнями судді на час виконання ним обов'язків зі здійснення правосуддя.

Обов'язок не розголошувати відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і стали відомі присяжному у зв'язку з виконанням його обов'язків, полягає в тому, що присяжний, беручи участь у судовому прорідженні, отримує доступ до інформації, розголошення якої може потягти за собою тяжкі наслідки, зокрема у випадку розголошення відомостей про особу, яка взята під захист. У такому разі присяжний за порушення цього обов'язку має понести адміністративну або кримінальну відповідальність.

Кримінальний процес України декларується як змагальний (сторони самостійне обстоюють свої інтереси і для цього можуть використовувати всі передбачені КПК засоби (ст. 22). Переконання присяжного щодо обставин кримінального провадження ґрунтуються на відомостях, які надані сторонами, тому він не може збирати докази самостійно поза судовим засіданням. Цим присяжний підмінятиме сторони, виконуючи не властиві йому функції.

У кожному випадку порушення питання про усунення присяжного від подальшої участі в судовому розгляді кримінального провадження відбувається за ініціативою головуючого. Для прийняття такого рішення суд видається в нарадчу кімнату. Рішення про усунення присяжного приймається більшістю від складу суду та оформлюється вмотивованою ухвалою. Варто погодитися з думкою, що це рішення має прийматися всім складом суду (аналогічно як і

про відвід суду). Тому присяжний, усунення якого ініціюється також бере участь у голосуванні.

У разі прийняття рішення про усунення присяжного, він замінюється одним із запасних присяжних, які постійно перебувають у відведених їм місцях у залі судового засідання, в якому розглядається справа, після чого розгляд справи: продовжується. Така заміна можлива до видалення суду в нарадчу кімнату для ухвалення судового рішення. З метою забезпечення всебічного, повного і неупередженого провадження судовий розгляд кримінальної справи в такому випадку розпочинається спочатку.

Якщо запасний присяжний відсутній, обрання нового присяжного відбувається за правилами, визначеними ст. 387 КПК. Після обрання у такому випадку трьох присяжних (один - основний, два - запасні) судовий розгляд розпочинається спочатку.

Якщо відбувається заміна основного присяжного запасним, то додатково відбір запасних присяжних не проводиться.

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ РОЗУМНОСТІ СТРОКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.

Гузела М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) регламентує, що «кожен має право при визначенні його цивільних прав та обов'язків або при розгляді стосовно нього будь-якого кримінального обвинувачення, пред'явленого йому, на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, утвореним на підставі закону» (п. 1 ст. 6 Конвенції). Однак на основі аналізу судової практики Європейського Суду з прав людини досить непросто визначити кількісні показники розумності терміну або строку. Так, в одному з випадків, що були предметом розгляду Європейського Суду з прав людини (далі – Суд), утримання під вартою особи на чотири роки і три дні було визнано правомірним. Однак, з іншого боку, у справі Калашникова проти Росії суд визнав нерозумними наступні строки: як утримання під вартою протягом 4 років 1 місяця та 4 днів, так і провадження у справі протягом 5 років 1 місяця та 23 днів. В іншому своєму рішенні Суд визнав невинуватим і нерозумним строк тримання обвинуваченої під вартою протягом 2 років та 9 місяці. Водночас, в юридичній літературі була висловлена пропозиція «скасувати обмеження строків для проведення досудової підготовки матеріалів в стадії досудового розслідуван-

ня», оскільки «підготовка обвинувачення в кримінальному провадженні повинна бути здійснена відповідними посадовими особами в розумний строк». Звичайно, не можна погодитися з такою пропозицією, так як кримінальний процесуальний закон повинен встановлювати конкретні терміни досудового розслідування, утримання під вартою. А кожне наступне продовження цих строків проводиться на основі ґрунтового аналізу наявних у цій справі підстав, тобто, при вирішенні питання про таке продовження з'ясується розумність терміну і причини його визначеної тривалості.

Якими ж критеріями визначається розумність строку. Не можна спрощено та абстрактно розглядати питання те, чи є, наприклад, строк утримання під вартою розумним. Обґрунтованість тримання підозрюваного чи обвинуваченого під вартою має бути оцінена у кожному конкретному кримінальному провадженні на підставі його особливостей. Визначаючи в кожному конкретному випадку наявність порушення п.1 ст.6 Конвенції, Суд розглядає конкретні обставини кожного кримінального провадження. Оскільки зобов'язання за міжнародними договорами приймають на себе держави, то обґрунтовувати висновок про недотримання вимог щодо «розумного строку» можуть тільки ті порушення чи затримки, що сталися з вини держави.

У практиці Європейського Суду з прав людини стосовно застосування положень Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод як правило враховуються чотири основні чинники: 1) складність справи; 2) поведінка заявників; 3) наявність виняткових обставин; 4) поведінка влади. При визначенні складності справи обов'язково враховується: – наявність публічного (громадського) інтересу, який з урахуванням презумпції невинності виправдовував би певні винятки із загальної засади поваги до свободи особистості, що Суд і враховує в своїх рішеннях. Адже, безперервне утримання особи під вартою може бути виправданим тільки тоді, якщо в справі є конкретні обґрунтовані вказівки на те, що вимога захисту публічного інтересу, незважаючи на презумпцію невинуватості, абсолютно переважає над вимогою щодо поваги до особистої свободи; - наявність серйозних підстав підозрювати заарештованого в скоєнні кримінального правопорушення; – несподіване і непередбачене збільшення обсягу матеріалів справи (напр., справа Гінга); - велика кількість розслідуваних епізодів, кількість обвинувачених, потерпілих чи свідків тощо.

Поведінка самих заявників (зацікавлених осіб, сторін) є другим із факторів, що безпосередньо впливають на терміни кримінального провадження. У поведінці заявників має значення: - небезпека ухилення обвинуваченого від слідства та суду. Якщо утримання під вартою триває тільки через побоювання, що обвинувачений ухилиться від правосуддя, його тим не менше слід звільнити з-під варті, якщо він представить відповідні гарантії, що виключатимуть такі побоювання, наприклад, внесе заставу; - обґрунтована можливість тиску обвинуваченого на свідків; - дії по «затягуванню» процесу (подача численних скарг, заяв, апеляцій; прохання про продовження термінів подачі письмових заперечень; безпідставні систематичні заяви про відводи суддям. Однак, стаття 6 Кон-

венції не вимагає від заявників активної співпраці з державою в особі слідчо-судових органів з метою забезпечення дотримання строків кримінального провадження. Адже, не можна обмежувати їх право на максимально повне використання всіх засобів захисту, які надані і гарантовані внутрішнім процесуальним законодавством. Проте їх «затягувальна» поведінка повинна являти собою об'єктивний факт, який не може бути віднесений на рахунок держави - відповідача, і це Суд бере до уваги, визначаючи, чи перевищував розумний строк кримінального провадження в розумінні п.1 статті 6 Конвенції; - вчинення обвинуваченим нових правопорушень (і не тільки кримінальних).

Ще однією причиною, що обґрунтовує розумну тривалість строків провадження у справі, можуть бути певні виняткові обставини, які є індивідуальними для кожного конкретного випадку. Наприклад, у справі Томазі проти Італії такими винятковими обставинами Суд визнав те, що довший термін попереднього ув'язнення виправданий небезпекою того, що звільнення ув'язненого дійсно може порушити публічний порядок або ж цей порядок перебуватиме під реальною загрозою. Деякі правопорушення в силу їх особливої тяжкості і реакції на них громадськості здатні привести до соціальних потрясінь, що виправдовує вищезазначений висновок Суду, принаймні, протягом певного часу. Разом з тим не можуть визнаватися винятковими обставинами відсутність досвіду і коштів у органів влади для боротьби з певного роду правопорушеннями, тимчасова політична криза в країні, брак бюджетних асигнувань на здійснення кримінального провадження, недоліки внутрішнього кримінального процесуального законодавства.

Складність справи, дії сторін і виняткові обставини, з якими в ряді випадків стикаються суди, приймаються Європейським судом до уваги тільки за умови, що держава вжила всіх можливих необхідних і ефективних заходів для виправлення негативної ситуації в кримінальному провадженні. Тому вирішальним фактором при оцінці розумності строку провадження є поведінка держави в особі слідчо-судових органів в даній справі. Суд вказує, що наявність вагомих підстав підозрювати заарештованого в скоєнні кримінального правопорушення є на початковому етапі розслідування необхідною умовою правомірності утримання під вартою. Але на наступних етапах цього вже недостатньо. Саме тоді Суд має встановити, чи виправдовують подальше тримання під вартою інші обґрунтовані мотиви слідчо-судових органів (напр., неправомірна поведінка заявників, виняткові обставини тощо). Якщо ці мотиви виявляться «обґрунтованими» та «достатніми», то Суд також враховує, чи проявили національні слідчо-судові органи «належну ретельність» та «особливу старанність» в ході кримінально-процесуальної процедури.

З огляду на вищезазначене вважаємо, що використання зазначених критеріїв розумності строків тримання під вартою та строків провадження у кримінальній справі може бути корисним і в практиці застосування положень чинного Кримінального процесуального кодексу України.

ДЕОНТОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ СУДДІВСЬКОГО УГЛЯДУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Дзіндра М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з фундаментальних підвалин демократичної та незалежної держави є ефективна система судового захисту. На даний час в Україні відбувається складний та тривалий процес вдосконалення судової системи шляхом очищення суддівського корпусу, посилення гарантій суддівської незалежності, підвищення рівня професійної компетентності суддів. Всі ці заходи спрямовані на зростання рівня довіри суспільства до системи здійснення правосуддя, що є необхідною умовою функціонування правової держави. Та довіра до цілої системи базується на довірі до її складових елементів, якими у судовій системі виступають судді. Саме тому, ключовим предметом даного дослідження виступає особа судді та, зокрема, її особистісні та діяльнісні характеристики, які мають значення для здійснення правосуддя та реалізації дискреційних повноважень.

Суддівський угляд, у вузькому розумінні, має місце там, де закон дозволяє судді обрати одне з декількох рішень, кожне з яких буде однаковою мірою законним. В такій ситуації на суддю покладається вибір найбільш правильного рішення. Вирішальним критерієм правильності суддівського рішення уже не виступає конкретна правова норма. Вказівкою на те, яке ж рішення має бути правильним виступають принципи права, засади кримінального провадження та інші, позанормативні, фактори. Ці фактори поділяються на зовнішні, наприклад, культурні фактори, економічна та політична ситуація в країні, та внутрішні – психологічні та особистісні характеристики особи судді.

Як слушно зазначає Н. А. Гураленко, ефективність правозастосування й судової влади більшою мірою залежить від моральних якостей кадрового складу, ніж від досконалості законодавства. Навіть найбільш якісний закон виявиться не-ефективним, якщо практика застосування його судами не буде відповідати висунутим моральним вимогам. Діяльність судді відповідальна й багатогранна, вона зумовлює необхідність високого рівня особистісної зрілості й ставить певні вимоги до розвитку в особи професійно-значимих і морально-етичних якостей.

На думку польських науковців М. Найди та Т. Ромер, відповідальне здійснення судочинства над людьми вимагає від особи повної самоідентифікації з роллю судді. Це означає, що суддя повинен користуватися одними і тими ж цінностями, світоглядом та етичними нормами як у професійній діяльності, так і в приватному житті. Така вимога, з одного боку, є цілком справедливою, адже суддя, образно кажучи, не може базувати свою особистість на двох різних «фундаментах» – одному для професійного життя, іншому – для приватного. З іншого боку, оскільки суспільство перебуває в стані постійного розвитку і змін, змінюються і домінуючі цінності такого суспільства, при цьому суддя в своєму

особистісному розвитку може бути носієм як більш консервативних, так і більш ліберальних, ніж пануючі у суспільстві, цінностей.

Особливу увагу дослідженню цього питання приділив відомий науковець, суддя А. Барак. Він стверджував, що суддівський угляд здійснюється в сфері, яка становить собою царство цінностей, ідеології і політики. При цьому, визначальним є ставлення судді до цінностей суспільства, адже не завжди ці цінності збігаються з його особистими. Суддя повинен бути здатним аналізувати та обмежувати себе там, де його особисті погляди певною мірою не узгоджуються із пануючими у суспільстві. На думку А. Барака, принцип верховенства права означає, що суддя повинен, наскільки це можливо, дистанціюватися від надання переваги особистим поглядам, перед тим, чого вимагає справедливість. Так, наприклад, суддя, який ідеологічно є прихильником захисту права на приватність особи, може бути менш схильним надати дозвіл на проведення негласних слідчих дій, які пов'язані з обмеженням такого права, ніж суддя, для якого з'ясування фактичних обставин справи буде більш пріоритетним. Аналогічно, в разі надання більшого пріоритету засаді забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, суддя буде менш схильним застосовувати запобіжний засіб в кримінальному провадженні, який буде пов'язаний з обмеженням такого права.

Такий вплив морально-етичних цінностей на суддівську діяльність зумовлює необхідність належного врахування цих чинників під час відбору та підготовки кандидатів на зайняття посади судді. Проте, законодавство України не містить формальної вимоги врахування морально-етичних характеристик особи як кандидата на посаду судді. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» в ст. 65 містить наступні вимоги: 1) громадянин України; 2) не молодший двадцяти п'яти років; 3) який має вищу юридичну освіту; 4) має стаж роботи в галузі права не менш як три роки; 5) проживає в Україні не менш як десять років; 6) володіє державною мовою. Серед негативних вимог також відсутня будь-яка вказівка на морально-етичні характеристики особи.

Натомість в багатьох країнах розвиненої демократії вказівка на моральні якості як необхідна умова зайняття суддівської посади, закріплена на законодавчому рівні. Так, наприклад, в Інструкції про встановлення стандартів та процедур призначення та перепризначення суддів-магістратів у США вказується, що для призначення чи перепризначення на посаду судді-магістрата особа повинна, зокрема, бути компетентною у виконуваних обов'язках, мати добрий моральний характер, бути емоційно стійкою та зрілою, терплячою, бути здатною до роздумів та рішучою в ситуаціях, які потребують прийняття рішення на власний розсуд.

Закон Республіки Польща «Про судоустрій загальних судів» в ст. 61 серед вимог до кандидатів на посаду судді вказує «характер, який не викликає скарг» («nieskazitelny charakter»). Зміст даного терміну було піддано оцінці Трибуналу Конституційного Республіки Польща, який хоча і вказав на відсутність законодавчого його визначення, зазначив, що його розуміння не викликає сумнівів. Він означає, що така особа повинна мати незаплямовану репутацію, високі моральні та етичні якості.

Акт про судочинство Німеччини визначає, що суддею може бути особа, яка: 1) володіє німецьким громадянством; 2) протягом усього часу служби буде підтримувати основи вільного демократичного порядку в розумінні Основного закону; 3) кваліфікована для суддівської діяльності; 4) володіє необхідними соціальними навичками. Також протягом усіх етапів відбору та призначення на посаду судді, визначається характер особи. Слід звернути увагу, що в Німеччині демократія виступає безумовною цінністю, що і знаходить своє відображення у вимогах деонтологічного характеру до судді. За словами Уолкера Дж. Хайнца, вимоги до кандидатів на посаду судді в Німеччині коротко можна назвати так: юридична кваліфікованість, характер та конституційна лояльність.

З аналізу вищенаведених положень законодавства зарубіжних держав стає очевидною необхідність законодавчого закріплення в Україні вимоги щодо морально-етичної характеристики судді.

Справедливість даної пропозиції також знаходить своє відображення в певних законодавчих ініціативах. Зокрема, проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» №3524 від 25.11.2015 року містить пропозицію внесення змін до статті 127 Конституції України, якою новелізуються вимоги до особи, яка може бути призначена суддею, а саме: «на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший шістдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, добросчесним та володіє державною мовою».

Як бачимо, окрім підвищення вікового цензу, зростання вимог щодо професійного досвіду та додаткової вказівки на компетентність, з'явилася вимога щодо добросчесності особи. Термін «добросчесність» не є новим для українського законодавства. В 2006 році він широко застосовувався в Указі Президента України «Про затвердження Концепції подолання корупції в Україні «На шляху до добросчесності». В цій Концепції вказувалося, що «добросчесність суддів є необхідною передумовою існування незалежної судової системи в державі».

Чинне законодавство України, зокрема, Закон України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014-2017 роки» також широко використовує цей термін. Проте незрозумілим видається факт, що розділ цього Закону присвячений запобіганню корупції у судовій системі та органах кримінальної юстиції не містить згадки про добросчесність суддів. Також цей термін вживається у Законі України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 року, проте без вказівки на визначення його змісту.

Тож на даний час законодавча дефініція «добросчесності» відсутня, що може породжувати неоднозначність тлумачення даного терміну та невизначеність в його практичному застосуванні. Також цей термін не зустрічається в актах, які регулюють етичну поведінку судді.

Згідно Академічного тлумачного словника української мови «добросчесність» означає високу моральну чистоту та чесність. Перевіряючи кандидата на посаду судді на добросчесність, варто з'ясувати його відкритість та прозорість

у попередній професійній діяльності, чесність у особистому та діловому житті, та, звісно ж, моральність.

Доцільним при цьому є застосування «принципу дзеркала» (mirror rule), в аспекті презумпції невинуватості, який полягає у перенесенні тягаря доказування на сторону, яка обвинувачується у неналежній поведінці, тобто на кандидата на посаду судді.

Підсумовуючи вищевикладене, слід відзначити істотний вплив морально-етичних цінностей судді на його практичну діяльність, зокрема під час реалізації дискреційних повноважень у кримінальному провадженні. Практична значущість даних характеристик особи зумовлює необхідність їх перевірки на етапі відбору кандидатів та посаду судді та законодавче закріплення вимоги доброчесності.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО СУДДІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Єзерський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Запровадження нормами КПК України процесуального суб'єкта, уповноваженого на здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, – слідчого судді потребує відповідного аналізу щодо узгодження його статусу.

У статтях 303-308 КПК України передбачено оскарження визначеного законом переліку рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування до слідчого судді місцевого суду. Таким чином КПК України визначає слідчого суддю як суб'єкта, який під час досудового розслідування вирішує питання, пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод осіб, та розглядає скарги на рішення, дії чи бездіяльність у кримінальному процесі. За своїм статусом слідчий суддя є суддею місцевого чи апеляційного суду. У зв'язку з прийняттям КПК України 2012 року внесено зміни і доповнення до Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів», зокрема, частиною 5 ст. 21 передбачено, що слідчий суддя обирається зборами суддів місцевого суду із складу суддів цього суду на строк не більше трьох років і може бути переобраний повторно. Слідчий суддя не звільняється від виконання обов'язків судді першої інстанції, проте здійснення ним повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення. Окрім того, статтею 247 КПК України передбачено здійснення повноважень слідчого судді стосовно розгляду

клопотань про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій головою чи за його визначенням іншим суддею Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування. Таким чином слідчий суддя організаційно і функціонально належить до судового органу і, здійснюючи повноваження з судового контролю, діє від імені суду, що узгоджується з наведеними положеннями Конституції України.

На слідчого суддю поширюють дію положення ст. 32 КПК України щодо визначення територіальної підсудності та норми, які визначають статус суду. Слідчий суддя, здійснюючи свої повноваження під час кримінального провадження, як і інші службові особи органів державної влади зобов'язаний неухильно додержуватися вимог законодавства та сприяти реалізації засад кримінального провадження. Про це безпосередньо зазначено у статтях Глави 2 «Засади кримінального провадження» КПК України. На основі аналізу норм Глави 4 «Докази і доказування» можна стверджувати, що слідчий суддя є суб'єктом доказування, який уповноважений для встановлення наявності чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, здійснювати оцінку доказів за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом. Слідчий суддя, вирішуючи питання, віднесені до його компетенції, приймає рішення у формі ухвал. Оскільки норма, яка б визначала загальні вимоги до ухвали слідчого судді відсутня, за аналогією необхідно застосовувати норми, що визначають зміст ухвали суду (ст. 372 КПК України). Спеціальні вимоги щодо ухвал слідчого судді передбачено у окремих статтях КПК України: про тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 164), про арешт майна (ч. 5 ст. 173), про дозвіл на затримання з метою приводу (ст. 190), про застосування запобіжних заходів (ст. 196), про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (ст. 235), про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії (ч. 4 ст. 248).

Дискусійним у юридичній літературі є питання про правову природу судового контролю та його співвідношення з функціями суду у кримінальному процесі. Здійснення судового контролю, як і правосуддя загалом, повинно відповідати вимогам законності, справедливості, моральності, а рішення, що приймаються в порядку судового контролю, повинні бути законними, обґрунтованими і справедливими. Для здійснення судового контролю за дотриманням прав свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні слідчий суддя наділений повноваженнями щодо вирішення багатьох питань. При цьому у Кодексі відсутня окрема глава чи стаття, у якій би визначався перелік повноважень слідчого судді. Для з'ясування кола повноважень слідчого судді, згідно з КПК України, необхідно звернутися до системного аналізу його норм. Залежно від змісту і характеру питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції слідчого судді, його повноваження доцільно об'єднати їх у п'ять груп: 1) вирішення питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження; 2) вирішення питань про проведення слідчих (розшукових) дій; 3) вирішення

питань про проведення негласних слідчих (розшукових) дій; 4) розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора під час досудового розслідування; 5) вирішення інших процесуальних питань, що потребують неупередженого розгляду. До першої групи належать повноваження слідчого судді по вирішенню питань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Слід зазначити, що законодавець значно розширив предмет судового контролю у даній сфері: запроваджені нові заходи та передбачено необхідність постановлення ухвали слідчого судді для застосування заходів забезпечення кримінального провадження під час досудового розслідування, за винятком передбачених Кодексом випадків. Таким чином КПК України (Розділ II) надає повноваження слідчому судді щодо вирішення питань про застосування таких заходів забезпечення кримінального провадження: судового виклику (ч. 1 ст. 134); приводу (ч. 2 ст. 140); грошового стягнення (ч. 2 ст. 144); тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом (ч. 2 ст. 148) та продовження його строку (ст. 153); відсторонення від посади (ч. 2 ст. 154) та продовження його строку (ст. 158); тимчасового доступу до речей і документів (ч. 2 ст. 159); арешту майна (ч. 2 ст. 170); запобіжних заходів (особистого зобов'язання, особистої поруки, застави, домашнього арешту, тримання під вартою (ч. 4 ст. 176)); затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою його приводу (ч. 2 ст. 187); покладення на підозрюваного, обвинуваченого при застосуванні запобіжних заходів обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194. До заходів забезпечення кримінального провадження, питання про застосування яких належить до повноважень слідчого судді необхідно також віднести заходи, що передбачені в інших розділах КПК України: передання неповнолітнього підозрюваного під нагляд (ст. 493), поміщення особи в приймальник-розподільник для дітей (ч. 4 ст. 499), тимчасовий арешт (ст. 583); тримання під вартою (екстрадиційний арешт) для забезпечення видачі особи (ст. 584); інші запобіжні заходи для забезпечення видачі особи на запит іноземної держави (ст. 585). Без ухвали слідчого судді, згідно з КПК України, можуть бути застосовані лише кілька заходів забезпечення кримінального провадження: виклик слідчим, прокурором (ст. 133), тимчасове вилучення майна (ст. 167, 168) та затримання (ст. 207-213). Таке розширення предмету судового контролю при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження можна вважати позитивним кроком для забезпечення прав, свобод та законних інтересів осіб. До другої групи повноважень слідчого судді належить вирішення питань про проведення слідчих (розшукових) дій у визначених КПК України випадках: допиту свідка чи потерпілого в судовому засіданні, за клопотанням сторони кримінального провадження (ст. 225); обшуку житла чи іншого володіння особи (ч. 2 ст. 234); огляду житла чи іншого володіння особи (ч. 2 ст. 237); слідчого експерименту, що проводиться в житлі чи іншому володінні особи (ч. 5 ст. 240); примусового залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи (ч. 3 ст. 242); доручення проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам за клопотанням сторони захисту (ч. 3 ст. 243, ст. 244); примусового відбирання біологічних зразків для експертизи (ч. 3 ст. 245); направлення особи до медичного закладу для

проведення психіатричної експертизи (ч. 2 ст. 509). Поширення судового контролю на рішення про проведення слідчого експерименту в житлі чи іншому володінні особи, примусового відбирання біологічних зразків для експертизи, а також надання стороні захисту права звернутися з клопотанням до слідчого судді про надання доручення про проведення експертизи є важливими новелами, спрямованими на посилення гарантій конституційних прав особи та розширення змагальних засад. Разом з тим, до повноважень слідчого судді також необхідно було б віднести вирішення питання про проведення примусового освідування особи, оскільки зазначена слідча (розшукова) дія значно обмежує конституційне право на особисту недоторканність. Концептуальною новелою КПК України є введення негласних слідчих (розшукових) дій до сфери кримінального процесу. Повноваження слідчого судді для вирішення питань про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, як уже зазначалося, надаються голові чи за його визначенням іншому судді Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування (ст. 247). До негласних слідчих (розшукових) дій для проведення яких потребується дозвіл слідчого судді КПК України відносять: втручання у приватне спілкування (ст. 258), різновидами якого є: 1) аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); 2) арешт, огляд і виїмка кореспонденції (ст. 261, 262); 3) зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); 4) зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою (ст. 269); контроль за вчиненням злочину, якщо при цьому виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи (ч. 8 ст. 271); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274). Наступна група повноважень слідчого судді пов'язана з розглядом скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора під час досудового розслідування. Об'єктами оскарження, згідно з ч. 1 ст. 303 КПК України, є: 1) бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, у неповноценні тимчасово вилученого майна згідно з вимогами статті 169 КПК України, а також у нездійсненні інших процесуальних дій, які він зобов'язаний вчинити у визначений КПК строк; 2) рішення слідчого, прокурора про зупинення досудового розслідування; 3) рішення слідчого про закриття кримінального провадження; 4) рішення прокурора про закриття кримінального провадження; 5) рішення прокурора, слідчого про відмову у визнанні потерпілим; 6) рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора при застосуванні заходів безпеки; 7) рішення слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій; 8) рішення слідчого, прокурора про зміну порядку досудового розслідування та продовження його згідно з правилами, передбаченими главою 39 КПК. Наведений перелік об'єктів оскарження під

час досудового розслідування свідчить як про розширення предмету судового контролю, так і його звуження щодо окремих питань, порівняно з КПК 1960 року. Вперше у кримінальному процесуальному законодавстві з'являється норма, що передбачає оскарження бездіяльності. Питання про розмежування адміністративної і кримінальної юрисдикції щодо розгляду скарг на протиправну бездіяльність суб'єкта владних повноважень, який не прийняв жодного з рішень згідно з ст. 97 КПК України 1960 року за заявою чи повідомленням про вчинення злочину було предметом наукових дискусій та неоднозначно вирішувалось у правозастосовній діяльності.

1. Гловюк И. В. К вопросу о субъекте реализации судебных функций в досудебном уголовно-процессуальном производстве Украины / И. В. Гловюк // Актуальные проблемы уголовно-процессуального права и практика его применения : матер. междунар. науч.-практ. конф. (30 апр. 2009 г.). – Караганда : КЮИ МВД РК, 2009. – С. 49-53.

2. Дикарев И. С. Правосудие и судебный контроль в уголовном процессе: соотношение понятий / И. С. Дикарев // Государство и право. – 2008. – № 2. – С. 45-51.

3. Гловюк І. В. Дозвільна функція суду у досудовому провадженні: порядок реалізації / І. В. Гловюк // Часопис Академії адвокатури України. – 2009. – №2

4. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: монографія / В. О. Попелюшко. – Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2009. – 634 с.

5. Попелюшко В. О. Мала судова реформа та захист прав громадян : навчальний посібник / В. О. Попелюшко. – К.: Кондор, 2006. – 236 с.

6. Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: монографія / В. Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 512 с.

7. Скрипіна Ю. В. Слідчий суддя в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 19 Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2012. – №2(6)

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ПСИХОЛОГІЧНИХ ЗНАТЬ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Допит є однією з найважливіших слідчих дій, які проводяться під час досудового розслідування та судового розгляду. Поряд з процесуальними та тактичними особливостями дана слідча (розшукова) дія має і певні психологічні характеристики. Деякі психологічні аспекти вказаної слідчої дії закріплені в законі, інші можуть використовуватися для вирішення тактичних завдань.

Допит проводиться в особливій формі – через безпосереднє спілкування слідчого (прокурора, судді) з допитуваною особою.

Кримінальне процесуальне законодавство передбачає ряд положень, які покликані створити таку психологічну обстановку для допитуваного, яка б сприяла досягненню тих завдань, які ставляться перед цією слідчою (розшуковою) дією, а саме:

- вибір місця проведення допиту;
- обмеження тривалості допиту і необхідність перерв у ньому;
- зупинення допиту у разі наявності заяви підозрюваного про відмову давати показання;
- використання під час допиту документів, нотаток;
- можливість власноручного викладу своїх показань;
- участь третіх осіб під час допиту малолітнього або неповнолітнього.

Серед вказаних психологічних аспектів даної слідчої (розшукової) дії є такі, які внесли позитивні зміни в тактику проведення допиту, але і є також такі, як видається, потребують певного уточнення, а саме:

1. За загальним правилом допит проводиться за місцем проведення досудового розслідування. Однак, щоб зробити таке спілкування більш комфортним для допитуваного, дану слідчу дію можна провести і в іншому місці, погодженому з допитуваним (ч. 1 ст. 224 КПК України). Дане положення може мати важливе значення і як для встановлення психологічного контакту з допитуваним, так і для зняття можливої психологічної напруги.

2. У КПК України чітко визначено можливу тривалість допиту як для дорослих – не більше восьми годин на день та понад дві години без перерви (ч. 2 ст. 224 КПК України), так і для малолітньої або неповнолітньої особи – понад дві години на день і без перерви понад одну годину (ч. 2 ст. 226 КПК України). Встановлення меж тривалості допиту є позитивним, оскільки встановлює законодавчі гарантії прав особи допитуваного. Однак, як видається, встановлені числові дані не відповідають розумним межах, оскільки, враховуючи психічні характеристики особи, не видається реальним, щоб допит малолітньої (неповнолітньої) допит тривав загалом дві години з перервами, а дорослої людини – загалом вісім годин. Протягом вказаного у законі часових меж сприйняття, увага та інші психічні процеси (стани, властивості) функціонуватимуть не ефективно, в результаті чого слідчому доведеться витратити додаткові фізичні та моральні зусилля на їх відновлення, що збільшить тривалість допиту в декілька разів. Тому враховуючи рекомендації науковців щодо тривалості допиту за попереднім кримінально-процесуальним законодавством, видається за доцільне зменшити вказані у КПК України часові рамки вдвоє, що відповідало б науковим рекомендаціям проведення даної слідчої дії.

3. Пам'ять особи має властивість деяку інформацію призабувати, тому для її відновлення, або для кращого відтворення певних даних, пов'язаних з математичними обчисленнями, допитуваній особі можна користуватися певними документами або нотатками (ч. 6 ст. 224 КПК України). Як видається, не доцільно обмежувати допитувану особу у бажанні використовувати нотатки або певні доку-

менти певним предметом допиту. З метою отримання повних та достовірних показань особа, яка проводить допит, повинна сприяти допитуваній особі використовувати будь-які предмети, записи під час проведення даної слідчої дії.

4. Ст. 226 КПК України передбачає можливість участі під час допиту третіх осіб (законного представника, педагога, психолога, а за необхідності - лікаря). Участь даних осіб необхідна допитуваному для забезпечення його прав, надання йому допомоги під час проведення даної слідчої дії, в тому числі і психологічної. Оскільки такий допит може бути першим випадком спілкування такої особи з правоохоронними органами, і, тому для зняття можливої психологічної напруги, допомоги у встановленні психологічного контакту, участь таких осіб є важливою. Однак перед початком допиту у слідчого не завжди є достатньо інформації про можливі певні негативні відносини з кимось із цих третіх осіб. Саме тому ст. 227 КПК України передбачає можливість обмежити участь законного представника за клопотанням малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого у проведенні слідчих (розшукових) дій та залучити іншого законного представника. Як видається, таке право необхідно надати і неповнолітнім підозрюваним. Також таким особам необхідно надати можливість для обмеження участі у слідчих (розшукових) діях і педагога або психолога, а за необхідності – лікаря.

Враховання слідчим (прокурором, суддею) різноманітних психологічних явищ, які знайшли своє закріплення у законодавстві, а також і тих, які виступають як наукові положення (наприклад, властивостей сприйняття, пам'яті тощо), має важливе значення як на стадії підготовки, самого проведення допиту, а також і під час аналізу результатів даної слідчої (розшукової) дії.

ПРО ПОНЯТТЯ ТАКТИКИ ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛІСТИЧНІЙ НАУЦІ

Іваницький Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із найважливіших прав людини в сучасному суспільстві виступає право на професійний захист від обвинувачення в кримінальному судочинстві. Нормативні положення щодо гарантій застосування вказаного права знаходять своє відображення як в міжнародних документах, так і в національному законодавстві України. Зокрема, відповідно до підпункту б п. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ратифікованого Указом Президії Верховної Ради Української РСР N 2148-VIII від 19.10.1973 року, кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення бути судженим в його присутності і захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника. Подібні твердження закріплені і в статті 59 Конституції

ції України, згідно з якою кожен має право на правову допомогу, а для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура.

Поряд із цим, забезпечення права на захист, згідно з чинним КПК України, виступає однією із загальних засад кримінального провадження, що може бути реалізована особисто або шляхом використання правової допомоги захисника, яким, відповідно до ст. 45 Кримінального процесуального кодексу України, є адвокат.

Участь професійного захисника у кримінальному провадженні, який не лише досконало володіє теоретичними знаннями чинного законодавства, а й вміє тактично грамотно і вчасно використати наявні у даній ситуації та не заборонені законом засоби захисту, значно підвищує ефективність представництва інтересів підзахисних і сприяє досягненню цілей правосуддя.

У цьому контексті важливе значення надається створенню та подальшій систематизації тактичних рекомендацій для адвокатів, які мають допомогти їм обрати найоптимальніші засоби захисту залежно від ситуації, яка склалася на тій чи іншій стадії кримінального провадження. Одним із перспективних напрямів вирішення вказаного питання є розроблення в межах криміналістичної тактики окремої її підсистеми – тактики захисту. Водночас, перш ніж створювати конкретні рекомендації для діяльності захисника у кримінальному провадженні, слід з'ясувати, що ж розуміється під поняттям «тактика захисту».

Хоча сама по собі ідея розвитку тактики захисту як підсистеми в межах криміналістичної тактики виникла не так давно (приблизно в 60-70 роках ХХ століття), в юридичній літературі вже неодноразово робили спроби сформулювати поняття «тактика захисту», визначити її роль у реалізації завдань захисту, розробити конкретні тактичні прийоми, які може використати захисник на будь-якій стадії кримінального провадження. Зупинимось на кількох з них.

Одними з перших спробу визначення дефініції «тактика захисту» зробили російські вчені Г. М. Шафір і Я. С. Аврахов. На думку першого, тактика дій захисника – це мистецтво застосування правил, мистецтво поєднання і розташування законних засобів захисту, яке найкращим чином дозволяє захиснику виконувати своє завдання. Подібне тлумачення тактики захисту дав і Я. С. Аврахов: тактика захисту – це мистецтво застосування правил і прийомів, таке їх розташування і поєднання, яке найкращим чином дозволяє захиснику виконати своє завдання. Незважаючи на те, що вказані тлумачення «тактики захисту» розглядалися Г. М. Шафіром і Я. С. Авраховим як криміналістичні, на сучасному етапі розвитку даної науки вони не відповідають класичному розумінню криміналістичної тактики, а отже, не можуть бути основою для формулювання сучасного визначення поняття тактики захисту.

Більш досконале розуміння поняття «тактика захисту» окреслили дослідники криміналістики в 80–90 роках ХХ ст. Так, зокрема, Г. А. Воробійов у своїй праці «Тактика і психологічні особливості судових дій» пропонував розуміти під тактикою захисту систему наукових положень і рекомендацій, спрямованих на оптимальне здійснення функції захисту.

Інший науковець, В. В. Титаренко, розглядав тактику захисту як правильність, своєчасність вибору та кваліфікованого застосування законних засобів і способів захисту, які в конкретних умовах провадження по справі найефективніше сприяють досягненню цілей, поставлених перед захисником кримінально-процесуальним законом. Аналіз наведеного вище визначення наштотує на думку, що автор, застосовуючи такі ознаки, як «правильність» і «своєчасність», розглядає їх в якості обов'язкової складової частини кваліфікованого здійснення захисту. Водночас, включаючи їх в поняття визначення тактики захисту, науковець дещо віддаляється від загальноприйнятого тлумачення криміналістичної тактики, під якою розуміють систему наукових положень і рекомендацій щодо організації та планування досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ, що розробляються з метою визначення оптимальної лінії поведінки осіб, які реалізують доказування.

Ще одне тлумачення поняття «тактика захисту» дали науковці О. Я. Баєв та М. О. Баєв у праці «Захист від обвинувачення в кримінальному процесі. Тактика професійного захисту у кримінальних справах. Право обвинуваченого на захист». На їхню думку, тактика професійного захисту у кримінальних справах – це підсистема криміналістичної тактики, яка складається з системи розроблених на основі наукових положень криміналістичної тактики відповідних засобів (приймів, комбінацій, операцій, рекомендацій) допустимого та раціонального подання, дослідження і використання адвокатом доказової інформації, що виправдовує підзахисного чи пом'якшує його вину, які забезпечують права та інтереси останнього в умовах потенційної чи реальної, безпосередньої чи опосередкованої тому протидії зі сторони осіб і організацій, що протистоять захиснику при виконанні ним його кримінально-процесуальної функції. При всіх позитивних моментах даної дефініції, варто зазначити, що автори, намагаючись максимально охопити всі сторони правозахисної діяльності адвоката, все-таки, припустились певних помилок, а саме: по-перше, не врахували того, що їхнє визначення є надто об'ємних у своїх розмірах, а відтак складно сприймається для розуміння; по-друге, даючи настільки широке тлумачення, автори пропустили положення про тактику реагування захисника на процесуальні порушення, що допускаються стороною обвинувачення при виконанні слідчих дій та їх фіксації у відповідних протоколах.

З'ясуванню визначення поняття «тактика захисту» було приділено увагу і відомим українським професором Т. В. Варфоломєєвою. На її думку, тактика професійного захисту характеризується як «система вироблених наукою і практикою тактичних прийомів і рекомендацій, які в конкретних умовах провадження по справі сприяють найбільш ефективному досягненню цілей, поставлених перед захисником в кримінальному процесі, дозволяють правильно вибрати і кваліфіковано застосувати передбачені законом засоби і способи захисту в суворих рамках кримінального процесуального закону». З урахуванням окресленого, під поняттям «тактика захисту» науковець розуміє створені на основі досягнень науки і досвіду адвокатської діяльності рекомендації щодо розробки оптимального варіанту правової позиції захисту і його реалізації в конкретних

умовах і про найбільш ефективні способи здійснення адвокатом дій по захисту прав і законних інтересів громадян.

Із наведених вище точок зору позиція Т. В. Варфоломєєвої видається найбільш обґрунтованою та такою, що достатньо повно відображає зміст тактики адвокатської діяльності в кримінальному провадженні. Однак, вказане визначення теж потребує удосконалення, оскільки, як і попередні, ставить допустимість використання захисником тактичних прийомів (засобів і способів) у залежність від їх закріплення у чинному кримінальному процесуальному законі.

Водночас, виходячи з конституційних положень (ч. 5 ст. 55 Конституції України: кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень та протиправних посягань) та норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (зокрема ч. 1 ст. 20: під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги), законність засобів та способів, що використовуються адвокатом у кримінальному провадженні варто трактувати дещо інакше – ті, що використовуються захисником способи і засоби захисту не повинні бути заборонені чи суперечити чинному законодавству.

Отже, з урахуванням наведених вище позицій науковців-криміналістів щодо розуміння поняття «тактика захисту», варто запропонувати власну дефініцію: тактика захисту – це розроблена на основі результатів наукових досліджень та адвокатської практики система положень і рекомендацій щодо організації, планування та ефективної реалізації правової позиції захисника в конкретній ситуації, а також сукупність найбільш раціональних прийомів і способів, які забезпечують оптимальний захист прав і законних інтересів обвинуваченого та не заборонені чинним законодавством держави.

1. Баев О. Я. Баев М. О. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Прокурорская тактика. Адвокатская тактика: Научно-практическое пособие / М. О. Баев, О. Я. Баев. – М. :Экзамен, 2005. – 320 с.

2. Баев М. О., Баев О. Я. Защита от обвинения в уголовном процессе. Тактика профессиональной защиты по уголовным делам. Право обвиняемого на защиту / М. О. Баев, О. Я. Баев. – Воронеж. 1995. 228 с.

3. Варфоломеева Т.В. Криміналістика і професійна діяльність захисника. / Т. В. Варфоломєєва / Київ, Вища школа, 1987. – 150 с.

4. Воробьев Г. А. Тактика и психологические особенности судебных действий / Г. А. Воробьев. Краснодар, 1986. – 87 с.

5. Титаренко В.В. Вопросы тактики участия защитника в производстве следственных и судебных действий. // Криміналістика и судебная экспертиза. Киев, 1979. Вып.19, С. 33–38.

6. Шафир Г.М. Некоторые вопросы методики и тактики защиты на предварительном следствии.// Вопросы защиты по уголовным делам. Под ред. П. С. Элькинд. Л., 1967. С. 71–72

СПІВІДНОШЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ Й УЧАСТІ СПЕЦІАЛІСТА У СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Калужна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання відмежування експертизи від участі спеціаліста в процесуальних діях не мають простого вирішення [1; 2; 3]. Більшість науковців звертає увагу на те, що проведення експертизи передбачає виконання спеціального дослідження, а спеціаліст дослідження не проводить і залучається для сприяння у виявленні, фіксації та вилученні доказів, а також для надання пояснень з приводу спеціальних питань, які виникають при проведенні слідчої дії [4, с. 47–61]. Спеціаліст володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок (ч. 1 ст. 54 ЦПК, ч. 1 ст. 71 КПК, ч. 1 ст. 67 КАС України).

Найбільш чітко і водночас ємко, на мою думку, відмежувала проведення експертизи від участі спеціаліста Т. В. Сахнова за такими ознаками:

1) відмінність у процесуальних функціях (головне для експерта - здобути нову інформацію (доказ) в ході дослідження, а для спеціаліста — допомогти у здійсненні конкретної процесуальної дії, надати інформацію довідкового чи емпіричного характеру, що не потребує проведення дослідження);

2) спеціаліст не проводить спеціального дослідження, спрямованого на встановлення нових фактів, до цього не відомих суду;

3) результат діяльності експерта — надання висновку, який є джерелом доказів, а сприяння спеціаліста слідчому, суду в здійсненні процесуальної дії доказового значення не має і не опосередковуються в окремому акті — висновку спеціаліста [4, с. 61].

Запропоновану Т. В. Сахною диференціацію можна екстраполювати на вітчизняне процесуальне законодавство і правозастосовну практику. Водночас така екстраполяція, по-перше, можлива лише з врахуванням положень процесуального законодавства України. По-друге, приведені відмежування Т. В. Сахнової потребує уточнення й коректування, може бути розвинене й доповнене, бо воно є відображенням наукових уявлень (знань) про співвідношення судової експертизи і участі спеціаліста на певному історичному етапі. А те, що пізнання явищ, процесів і понять правової дійсності є процесом беззупинним і наукові знання про них беззупинно поглиблюються й удосконалюються – є фактом загальновідомим.

Отже:

1. за процесуальним статусом у системі засобів доказування (способів збирання доказів й оперування ними):

1.1. проведення судової експертизи — це самостійна процесуальна (слідча, судова) дія, тобто самостійна процесуальна форма перевірки наявних доказів у справі, а також отримання нових.

1.2. спеціаліст залучається ж для надання допомоги у проведенні процесуальної (слідчої, судової) дії;

2. за метою діяльності і процесуальними функціями експерта і спеціаліста:

2.1. Головна мета проведення експертизи – одержання нових фактичних даних (доказів) або перевірка наявних доказів, з використанням дослідницького інструментарію та методик.

2.2. *Головна мета залучення спеціаліста* до проведення процесуальної дії у всіх процесуальних кодексах України зафіксована універсально (однаково) - «надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складення схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо) під час вчинення процесуальних дій» (ч. 2 ст. 54 ЦПК, ч. 2 ст. 71 КПК, ч. 2 ст. 67 КАС України). Попри це, мета і сутність участі спеціаліста у ході процесуальної дії, як відомо, може полягати у наданні допомоги слідчому, суду у *виявленні речей, слідів, документів* (майбутніх доказів), в *їх дослідженні* на місці виявлення органолептичним (сенсорним) шляхом з використанням, як максимум, інструментарію, що підсилює чуттєвість аналізатора органів відчуттів людини (зір, слух тощо), а також наданні допомоги щодо *їх фіксації, упакування та вилучення*. Положення подібного змісту хоч і прямо не закріплені в законодавстві, проте впливають із такого закріпленого *права* спеціаліста як *«звертати увагу суду на характерні обставини чи особливості доказів»* (ч. 5 ст. 54 ЦПК, ч. 5 ст. 67 КАС, п. 3 ч. 4 ст. 71 КПК).

Принагідно звернемо увагу на *підставність* віднесення цього повноваження спеціаліста до прав, а не до обов'язків. Цей момент, як видається, потребує додаткового аналізу й обґрунтування. Як відомо, у ЦПК та КАС України зафіксована норма, що спеціаліст має право відмовитись від участі в процесі (ч. 5 ст. 54 ЦПК, ч. 5 ст. 67 КАС). Отож, участь у провадженні у статусі спеціаліста є правом, а не обов'язком особи. Водночас, якщо якась особа погодилась взяти участь у процесі в статусі спеціаліста, очевидно у суб'єкта, який веде процес, має бути *впевненість*, що цей спеціаліст таки допоможе виявити ознаки, сліди, сторони та властивості об'єктів дослідження, коли йому самому (суб'єкту, який веде процес) власних спеціальних знань недостатньо. Зафіксувавши це повноваження (*звертати увагу суду на характерні обставини чи особливості доказів*) спеціаліста у статусі його права, а не обов'язку, особі, яка веде процес і залучила спеціаліста на добровільній підставі (згоди), *залишається лише сподіватись* «чи не буде джин настільки люб'язним», тобто що допомога у виявленні доказів таки буде надана, оскільки ретельність і совісність такої допомоги залежатиме «від доброї волі особи спеціаліста». Отож, особі, яка веде процес, та іншим суб'єктам доказування навряд чи підходить спеціаліст зі світоглядом «сам собі на умі». Якщо він сприймає участь у процесі не серйозно або вбачає свою роль надто зверхньо, обузливо, чи високомірно, то, з одного боку, такій особі очевидно краще самій відмовитись від участі в процесі в статусі спеціаліста, а, з

другого боку, – особи, яка веде процес, людину з подібним світосприйняттям краще до провадження не залучати в цілях процесуальної економії, повноти та об'єктивності дослідження обставин справи. Водночас на момент підшукування і залучення спеціаліста ці особистісні характеристики майбутнього спеціаліста не завжди очевидні з першого погляду і не завжди можливо їх передбачити. Тим не менше, стан справ такий, що однозначно прив'язує якісне, повне, ретельне і совісне надання технічної допомоги спеціалістом до його особистісних характеристик. Але чи правильним є такий стан справ? Принаймні, чи прагматичний він? Як видається, для особи, яка погодилась бути спеціалістом, виконання її повноваження щодо допомоги в дослідженні обставин події та доказів має трактуватись як обов'язок, а не право. Правом спеціаліста у цьому контексті може залишатись звертання ним уваги на такі обставини події, характерні та важливі ознаки оглядуваних (досліджуваних) речей і документів, які не ставились за завдання огляду (дослідження) судом (слідчим), і які, однак, мають значення для правильного вирішення справи (аналогія з «правом експертної ініціативи»). Водночас, потрібно мати на увазі ще й той факт, що будь-який обов'язок гарантується системою відповідальності за його невиконання, а ст. 385 КК України, як відомо, не передбачає відповідальності *для спеціаліста* за відмову від виконання покладених на нього обов'язків. Тому, як пропозиція, можливо варто повернутись до питання соціальної обумовленості доцільності-недоцільності криміналізації недобросовісного виконання обов'язків спеціалістом.

3. за сутністю:

3.1. Сутність судової експертизи полягає в дослідженні експертом за завданням суду (слідчого; особи або органу, що здійснює провадження у справі про адміністративне правопорушення; особи, що залучила судового експерта у кримінальному судочинстві на договірних умовах) речових доказів, явищ, процесів, матеріалів провадження, які надаються в його розпорядження з метою встановлення фактичних даних, що мають значення для правильного вирішення справи. Як вказала Т. В. Аверянова, «результати експертизи отримуються дослідним шляхом за допомогою спеціального інструментарію – спертних методик» [5, с. 406].

3.2. Участь спеціаліста за процесуальним законодавством України у цивільному, господарському, адміністративному, кримінальному судочинстві узагальнено можна звести до **двох форм**.

3.2.1. *залучення спеціаліста для допомоги у проведенні процесуальної слідчої дії*. Тут спеціаліст є факультативним учасником слідчої (судової) дії, яка здійснюється під єдиним керівництвом особи, що веде процес. Спеціаліст виконує всі її завдання, вказівки, однак не виконує спеціального дослідження, спрямованого на встановлення нових фактів, до цього не відомих суду. У свою чергу допомога спеціаліста у проведенні слідчої дії, по суті умовно може бути поділена на два блоки, які на практиці можуть мати окреме, чисте застосування або поєднуватись:

3.2.1.1. *організаційно-технічною* – коли внаслідок друдоемкості певної процесуальної (слідчої) дії особа, яка веде процес, організаційно не в змозі самотійно виконати весь обсяг роботи, який охоплює ця дія. У таких випадках

допомога спеціаліста виявляється у виконанні фотофіксації, відеозйомки, вимірювань, упакуванні речей, що вилучаються, тощо.

3.2.1.2. *гносеологічною* - коли спеціаліст звертає увагу слідчого (суду) на обставини, ознаки речей, документів, що мають значення для справи, коментує їх, роз'яснює їхнє походження, відбирає зразки для майбутнього експертного дослідження й упакує їх тощо, якщо суб'єкту доказування (який веде процес) недостатньо власних спеціальних знань у пізнанні цих обставин.

3.2.2 *давання спеціалістом так званого досудового (попереднього) висновку.*

За певних обставин висновок спеціаліста надається у випадках, коли призначення експертизи неможливе з процесуальних міркувань - не розпочато провадження цивільної чи господарської справи. Однак суди вимагають підтвердження позовних вимог відповідними доказами. Найчастіше це спори про відшкодування збитків, коли потрібно підтвердити розмір заподіяної шкоди висновком товарознавчого, авто товарознавчого, будівельного технічного та іншого дослідження. Тому позивачу у цивільній, господарській справі доводиться замовляти дослідження спеціалістів, результати яких оформляються «актами дослідження», «довідками про дослідження» або «висновками експертного дослідження». У межах порушеної цивільної, господарської справи *висновок спеціаліста* може бути наданий стороні на її замовлення, наприклад, відповідачу для обґрунтування заперечення на позов.

Висновок спеціаліста надається також у випадках, коли вирішуються питання, що не належать до судочинства, але при цьому використовуються засоби та методи судової експертизи [6].

Не виключається, що на практиці можуть здобуватись і подаватись суду сторонами усі названі документи. Спільним для них усіх буде підстава проведення дослідження спеціалістом – звернення сторони провадження (замовника). Водночас порядок звернення й отримання «актів досліджень», «довідок про дослідження» тощо не регламентований процесуальним законодавством й відбувається за правилами діловодства, водночас подання таких документів за результатами досліджень обізнаних осіб (спеціалістів) – не заборонено процесуальним законодавством.

Назва документу «висновок експертного дослідження» застосовується, якщо таке попереднє допроцесуальне дослідження виконував спеціаліст, який має свідоцтво на заняття експертною діяльністю, і перебуває у Реєстрі судових експертів Мінюсту). Організаційний порядок проведення «експертних досліджень» та надання «висновків експертних досліджень» однаковий із порядком організації і проведення судових експертиз та регулюється *Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень* в редакції від 27.07.2015 № 1350/5 [7].

Експертні дослідження проводяться або *в порядку* до п. 1.6. Інструкції – державними експертними установами або *в порядку* п. 1.7. Інструкції - атестованими судовими експертами, які не є працівниками державних спеціалізованих установ, але з урахуванням обмежень, передбачених статтею 7 Закону України «Про судову експертизу». Відповідно до абз. 2 п. 1.8. Інструкції *підставою* для

проведення експертного дослідження є письмова заява (лист) замовника (юридичної або фізичної особи) з обов'язковим зазначенням його реквізитів, з переліком питань, які підлягають розв'язанню, а також об'єктів, що надаються. Відповідно до п. 4.23. Інструкції «*хід і результати* таких досліджень викладаються у висновку експертного дослідження. *Висновок експертного дослідження складається за структурою та змістом висновку експерта*, за такими винятками:

у вступній частині висновку зазначається, хто і коли звернувся до установи чи безпосередньо до експерта із замовленням про проведення дослідження;

опускається запис, який стосується відповідальності особи, що проводить дослідження, за надання завідомо неправдивого висновку».

Усі ці документи – «довідка чи акт про дослідження», «висновок експертного дослідження» після їх приєднання до справи матимуть у доказовій базі процесуальний статус *документа – письмового доказу*. Усі ці не мають достатніх гарантій їх правильності, об'єктивності через те, що спеціаліст не несе відповідальності за давання завідомо неправдивого висновку. Тому *висновок спеціаліста* може розглядатися судом як джерело доказів (документ - письмовий доказ), але за своїм статусом у доказовій базі не замінює висновку експерта. Це усталений підхід у правозастосовній практиці, узгоджений у всіх видах судочинства в Україні.

Так, у п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30 травня 1997 р. № 8 в редакції від 25.05.98 р. № 15 міститься спеціальна вказівка, що «акти чи інші документи, в тому числі відомчі, де зазначаються обставини, встановлені із застосуванням спеціальних знань (наприклад, про причини аварії, вартість ремонту, розмір нестачі матеріальних цінностей), не можуть розглядатися як висновок експерта та бути підставою для відмови в призначенні експертизи, навіть якщо вони одержані на запит суду, слідчого або адвоката» [8]. Аналогічного характеру роз'яснення містилось й у п. 11 Роз'яснення Президії Вишого господарського суду № 02-5/424 від 11.11.1998 р. (втратили чинність 23.03.2012 р.): «... статтею 10 Закону України «Про аудиторську діяльність» передбачено обов'язкове проведення аудиту, за результатами якого складається аудиторський висновок. Проте господарським судам слід мати на увазі, що аудиторський висновок не є висновком судової експертизи, яку може бути призначено лише судом і тільки після порушення провадження у справі» [9]. Аналогічну за характером та спрямуванням позицію знаходимо в абз. 5 п. 2 Постанови Пленуму Вишого господарського суду України «Про деякі питання практики призначення судової експертизи» від 23.03.2012 р. № 4 в редакції від 10.07.2014 №6: «... не може вважатися актом судової експертизи висновок спеціаліста, наданий заявникові (юридичній чи фізичній особі) на підставі його заяви, - навіть якщо відповідний документ має назву «висновок судового експерта» або подібну до неї, оскільки особа набуває прав та несе обов'язки судового експерта тільки після одержання нею ухвали про призначення експертизи» [10].

Проте у ході оцінки таких документів «висновок експертного дослідження» очевидно заслуговує певної переваги у порівнянні з «актами та довідками

про дослідження». І не безпідставно, оскільки «експертні дослідження виконуються в порядку, передбаченому для проведення експертизи.

«Висновок експертного дослідження» складається за результатами досліджень, що проводяться судовими експертами, що мають свідоцтво за певною експертною спеціальністю на право заняття експертною діяльністю та внесені до Реєстру судових експертів Мініюсти України, працюють у державних експертних установах або приватно (якщо їхні експертні спеціальності і виконувані ними дослідження не належать до класу криміналістичних, судово-медичних та судово-психіатричних). Саме експертне дослідження виконується з дотриманням організаційно-процесуального порядку та методики відповідного виду (підвиду) судової експертизи, з використанням технічного інструментарію, розхідних матеріалів тощо, що й при виконанні судових експертиз. Тому рівень фаховості і наукової обґрунтованості «висновку експертного дослідження» гарантується системою гарантій організаційного і методично-технічного забезпечення проведення судової експертизи, в тому числі системою гарантій кваліфікації експертних кадрів (стажування, складання іспиту, присвоєння експертної спеціальності, підвищення кваліфікації тощо). Натомість «акти і довідки про дослідження» інших спеціалістів (обізнаних осіб) не обов'язково мусять виконуватись фахівцями з освітнім рівнем не нижче «спеціаліст», у принципі, гіпотетично – жоден нормативний акт не обмежує можливість складати подібні документи й іншим фахівцям, тобто без вищої освіти за профілем дослідження (наприклад, аптечним провізором, продавцем зброярського магазину чи майстром зброярської майстерні, працівником шевської майстерні тощо, які можуть бути висококласними ремісниками своєї справи, але освітнім рівнем – самоучками у цьому фаху). Водночас гарантій об'єктивності (неупередженості) «актів, довідок про дослідження» як і «висновків експертного дослідження» однаково нема. Як уже відзначалось, «висновок експертного дослідження» складається за формою висновку експерта, проте у вступній його частині запис про попередження про кримінальну відповідальність за надання завідомого неправдивого висновку не заноситься.

4. за результатом участі експерта/спеціаліста і його процесуальним значенням

4.1. За результатами дослідження експерт складає «висновок експерта», який є одним із передбачених законом джерел доказів, а фактичні дані, що містяться в ньому, — доказами.

За загальним правилом висновок експерта має однакове процесуальне значення з іншими доказами у справі. Однак, у порівнянні з іншими джерелами доказів, все ж є особливості його оцінки суб'єктом доказування. Так, з *одного боку*, високий науковий авторитет висновку експерта не надає йому наперед встановленої сили. Про це міститься пряма вказівка в частині 2 статті 94 КПК, згідно з якою «жоден доказ не має наперед встановленої сили». А згідно ч. 1 ст. 94 КПК цінність доказів визначається внутрішнім переконанням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, що ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження; оціню-

ється кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. А, з другого боку, законодавець не дозволяє суб'єкту доказування мовчазно відкинути висновок експерта у ході оцінки доказів, а ч. 10 ст. 102 зобов'язує, що «незгода з висновком експерта повинна бути вмотивована у відповідних постанові, ухвалі, вирокі».

4.2. Результат і процесуальне значення участі в провадженні спеціаліста дещо різнитиметься залежно від форми його участі.

4.2.1. Так, факт участі і обсяг допомоги, наданої спеціалістом у ході слідчої дії, фіксується у протоколі слідчої дії.

4.2.2. Спеціаліст може викласти свої пояснення з приводу виявлених тих чи інших слідів, речей чи документів, своє бачення ним механізму виникнення тих чи інших слідів, їх походження, стану, своє бачення механізму досліджуваної події чи окремих її елементів власноруч самостійно у окремому документі – «*письмовому поясненні спеціаліста, який брав участь у проведенні відповідної процесуальної дії*», яке, при цьому, не має самостійного процесуального статусу і значення, а відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 105 КПК долучається до протоколу є його невід'ємною частиною – Додатком до протоколу. Змістовні пояснення спеціаліста довідкового чи емпіричного характеру, які надаються в письмовій формі, мають доказове значення і можуть використовуватися судом як доказ.

4.2.3. Спеціаліст може проводити дослідження так само як і експерт, і оформлювати його результати *письмовим висновком*, про їх види йшла мова вище.

1. Зинин, А. М. Криминалист в следственных действиях [Текст] : учеб.- практ. пособие / А. М. Зинин. - М. : Зкзамен : Право и закон, 2004.

2. Махов, В. Н. Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений [Текст] : монография / В. Н. Махов. - М. : Изд-во РУДИ, 2000.

3. Сорокотягин, И. Н. Специальные знания в расследовании преступлений [Текст] / И. Н. Сорокотягин. - М., 1984.

4. Сахнова, Т. В. Судебная экспертиза [Текст] / Т. В. Сахнова. - М. : Городец, 1999.

5. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Российская Е. Р. Криминалистика: Учеб. для вузов / Под ред. Р. С. Белкина. — М: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 2001. – 973 с.

6. Деякі питання надання платних послуг науково-дослідними установами судових експертиз Міністерства Юстиції: Постанова Кабінету Міністрів України від 27 лип. 2011 р. № 804 в редакції із змінами від 19.09.2012 р. № 868 [Електронний ресурс] // <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/804-2011-%D0%BF>

7. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена Наказом Міністерства юстиції від 08.10.1998р. в редакції Наказу від 27.07.2015 № 1350/5. [Електронний ресурс] // <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>.

8. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах» від 30 травня 1997 р. № 8 [Електронний ресурс] // <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-97>.

9. Роз'яснення Президії Вищого господарського суду № 02-5/424 від 11.11.1998 р. в ред. від 16.01.2008 р. (нечинні) // [Електронний ресурс] // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_424800-98.

10. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики призначення судової експертизи» від 23.03.2012 р. № 4 в редакції від 10.07.2014 №6 [Електронний ресурс] // <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-12>.

НОВАЦІЇ КРИМІНАЛІСТИКИ ПІД ВПЛИВОМ КПК УКРАЇНИ

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Загальновідомим є той факт, що серед найпоширених джерел напрацьованих криміналістичних знань є закон, передусім, КПК України. Природно, що зміни цього Кодексу неминуче призводять до змін у криміналістиці, тобто вплив першого на друге – закономірно неминучий.

У контексті короткої характеристики новацій нині чинного КПК виправданно констатувати, що вони, головню, спрямовані на впровадження реальних змагальних засад до кримінального провадження, на побудову, за суттю, нової його моделі. Реформування стосуються, безумовно, й органів досудового розслідування, а також тих криміналістичних засобів та методів, що ними використовуються.

Все ж необхідно визнати, що чималій кількості новацій притаманна відсутність належної стратегічної концепції їхнього реформування, запозичення положень з різних процесуальних правових систем та створення на цій підставі достатньо спірного « міксу норм ». Прослідковується негативна тенденція щодо змінення реальних повноважень та компетенції слідчого, надання йому невластивих функцій [3, с. 35–39].

Криміналістика, як відомо, являє собою цілісну систему наукових знань, покликану служити меті та завданням, передусім, кримінального провадження. І саме зараз українська криміналістика, зіткнулася з необхідністю «працювати» і розвиватися в нових умовах, продиктованих волею Законодавця, що прийняв новий Кримінальний процесуальний кодекс, який кардинально змінив кримінальний процес, оскільки концептуально він відображає, головню, практику доказування у кримінальних справах у США. У зв'язку з цим вітчизняна криміналістика зіткнулася з необхідністю пристосування своїх розробок до нових форм і порядку здійснення кримінального провадження.

Стосовно вже наявних на момент прийняття нового КПК України криміналістичних розробок (засобів, прийомів), це кодекс поставився в цілому в такий спосіб – від замовчання існування одних і до зведення в ранг норми закону інших. На підтвердження останньої тези виправдано зазначити, що текст багатьох статей нового КПК більше нагадує криміналістичні методичні вказівки та інструкції, ніж норми закону (див.: гл. 20 КПК України «Слідчі (розшукові) дії»).

А зараз – дещо більш предметно.

1. Законодавець поповнив арсенал можливостей слідчого **діями оперативно-розшукового характеру, за суттю, не розмежовуючи їх з процесуальними.**

Передусім – це проглядається в тому, що в багатьох нормах закону, наприклад, ст. 271 КПК «Контроль за вчиненням злочину», спостерігається змішування криміналістичних тактичних прийомів і винятково оперативнорозшукових операцій та комбінацій, таких як контрольована поставка, контрольована і оперативна закупівля, спеціальний слідчий експеримент, імітація обставин злочину. Тобто на законодавчому рівні в слідчу тактику включені оперативно-розшукові заходи, притаманні спеціальним підрозділам. І тут є певна, передусім, дидактична проблема. А саме, принаймні, як і в яких межах викладати ці знання майбутнім правникам?

2. **Відповідно до Глави 3 КПК України слідчий орган досудового розслідування (ст. 40) віднесено до сторони обвинувачення.**

Безумовно - у змагальному процесі важливим є розмежування функцій учасників на: функції обвинувачення, захисту та вирішення справи за сутністю.

Однак, на досудовому слідстві таку схему або конструкцію важко визнати ідеальною. Доцільно відзначити існування й такої функції, як функція розслідування злочинів. В іншому випадку слідчі завжди будуть виявляти обвинувальний ухил.

3. Дискусійною і на теперішній час залишається **проблема визначення мети та кінцевого результату розслідування, прагнення до встановлення істини у кримінальному провадженні.**

Існують позиції, які заперечують можливість встановлення об'єктивної істини в кримінальному провадженні або пропонують замінити її іншою категорією – істина формальна (процесуальна, судова, слідча).

Справедливість розслідування не може бути забезпечена без встановлення (доказування) фактів, що відображають об'єктивні обставини події, що є предметом розслідування. Саме тому, пошук істини є антиподом так званого «обвинувального ухилу».

Виключення істини з мети кримінального провадження, а саме так виглядає за КПК України, безумовно, вплине й на сутність науки криміналістики. Мова йде про те, які закономірності тоді буде вивчати криміналістика? Адже до цього криміналістика вивчала, і, сподіваюсь, буде вивчати саме ті закономірності дійсності, які виявляються в галузі діяльності слідчого, суду, експерта-криміналіста тощо зі встановлення, власне, об'єктивної істини у кримінальному провадженні.

4. Криміналістам відомо, що **структура криміналістичної методики** безпосередньо обумовлена відповідними положеннями і засадами КПК.

Так, згідно КПК 1961 р., криміналісти визначали такі стадії досудового розслідування як: дослідча перевірка, порушення кримінальної справи, притягнення особи як обвинуваченого та направлення справи до суду. Відповідно в криміналістичній методикі і виокремлювали: 1) перед початковий етап – це криміналістичні особливості порушення кримінальної справи (у кримінальному процесі її прийнято називати дослідчою перевіркою); 2) початковий (розпочи-

нається з моменту порушення кримінальної справи та завершується притягненням особи як обвинуваченого); 3) наступний (починається з моменту появи в кримінальному процесі такого учасника як обвинувачений і завершується прийняттям рішення про завершення досудового розслідування (тобто, ознайомленням потерпілого та обвинуваченого (його захисника) з матеріалами кримінальної справи); і подеколи – завершальний етап – це вирішення заяв і клопотань учасників за результатами ознайомлення з матеріалами кримінальної справи та складанням обвинувального висновку).

Враховуючи новачки КПК – відсутність стадії порушення кримінальної справи (про що ще вестимемо мову), відсутність інституту « пред'явлення обвинувачення » – зрозуміло, що шойнонаведену періодизацію очікують зміни, в більшій чи меншій мірі.

5. Окрім криміналістичної методики, від нововведень КПК ще більших змін *знає й криміналістична тактика*.

Напочаток хоча б тому, що з'явились поняття гласних і негласних слідчих (розшукових) дій. Слідчі (р) дії можуть проводити як слідчий, так і оперативні співробітники.

З іншого боку, і слідчий стає суб'єктом оперативно-розшукової діяльності, а заходи, які він проводить, вже вважаються негласними слідчими (р) діями.

Зазнав змін і власне сам перелік слідчих (розшукових) дій, а відповідно, як вже було зазначено, все це вимагає перегляду й напрацювання легальних аспектів тактики їх проведення.

У цьому контексті необхідно зазначити, що:

1) Має місце виключення із системи або не включення до неї окремих гласних слідчих дій, зокрема:

а) у КПК вже немає *перевірки показань на місці*, а є лише слідчий експеримент.

Відомо, що ці дії у більшій мірі мають істотні відмінності за метою, процедурою провадження, отриманими результатами. Крім того, перевірка показань на місці має більш широку практику застосування у порівнянні із слідчим експериментом, що зумовлює потребу окремого унормування процедури її провадження. Тоді як редакція ст. 240 КПК не дає чіткої відповіді щодо можливості проведення в її межах перевірки показань на місці (якщо взагалі коректно говорити про можливість проведення однієї слідчої дії в межах іншої), що не сприяє її реалізації, оскільки і науковці, і практики мають різні підходи до розв'язання цього питання;

б) також у новому КПК *виймку* перемістили із розряду слідчих (р) дій до забезпечувальних заходів, які отримали доволі спірну назву « тимчасовий доступ до речей і документів ». Вже поверхневе узагальнення слідчої практики засвідчило суттєві недоліки цієї законодавчої новели (про що згодом ще йтиме окрема мова).

2) Також у цьому з контексті необхідно визнати, що в КПК є неточності і у визначенні самої сутності окремих гласних слідчих (р) дій і відсутності чітко сформульованого механізму їх реалізації учасниками - суб'єктами кримінального провадження.

Йдеться, передусім, про наявність певних ускладнень в організації провадження такої слідчої (р) дії, як пред'явлення для впізнання.

Законодавець замість чіткої й однозначної вказівки на те, що пред'явленню для впізнання обов'язково передуює допит особи, яка впізнає, вирішив застосувати неоднозначні для тлумачення терміни « попереднє з'ясування » та « опитування ». Ця обставина змусила науковців, що розробляли коментар до КПК, у достатньо категоричній формі роз'яснити ці положення. Зокрема, Оксана Володимирівна Капліна пише: « Попереднє з'ясування обставин перед пред'явленням для впізнання повинно відбуватися за правилами допиту (ст. 224 КПК) з обов'язковим роз'ясненням учасникам слідчої дії їх процесуальних прав, обов'язків та можливої відповідальності свідків і потерпілих за дачу завідомо неправдивих показань, а свідків ще й за відмову давати показання. Саме такий порядок уявляється більш прийнятним, оскільки під час опитування можуть бути надані неправдиві відомості, за дачу яких особа не буде нести жодної відповідальності » [2, с. 573].

Доречно звернути увагу й на те, що в ст. 229 КПК, яка регламентує порядок пред'явлення для впізнання речей, законодавцем узагалі викладено сумнівну ідею, за якою розширено коло учасників цієї слідчої (р) дії, де до слідчого та прокурора додається ще й захисник, якому також надано право на проведення попереднього опитування особи, яка впізнає, та навіть складання якогось протоколу за результатами цього опитування. З цього приводу виникає запитання: як захисник може скласти протокол за результатами опитування із дотриманням вимог статей 104, 231 КПК, якщо цими статтями йому такого права взагалі не надано?

6. Серед *дискусійних і суперечливих положень нині чинного КПК України*, що також суттєво впливають на криміналістичну *тактику й методику* виправдано вважати ще й такі:

1) Має місце суперечність між окремими загальними і спеціальними нормами, зокрема між ст. 93 КПК «Збирання доказів» і ст. 243 КПК «Залучення експерта». Мова про те, що законодавець не передбачив можливість збирання доказів стороною захисту шляхом проведення окремих слідчих (р) дій. У частині 3 ст. 93 КПК йдеться про можливість отримання стороною захисту висновків експертів. Разом з тим залучення експертів для проведення експертних досліджень (ч. 2 ст. 243 КПК) за суттю є не чим іншим, як проведенням слідчої дії стороною захисту, оскільки зазначена стаття міститься у главі 20 «Слідчі (розшукові) дії»;

2) Прослідковується очевидно – декларативний характер окремих статей, наприклад ст. 243 КПК, яка має назву « Порядок залучення експерта ». Однак, у ній йдеться лише про можливість залучення експерта, а не про порядок реалізації цієї можливості.

Законодавець навіть не визначився з назвою процесуального документа, який мають складати учасники кримінального провадження. Це призвело до того, що слідчі, прокурори, як і раніше, продовжують складати постанову про призначення експертизи, судді - ухвалу про доручення проведення відповідної експертизи, захисники - клопотання про залучення експерта. Щодо регламента-

ції дій захисника, то із змісту розглядуваної статті можна лише здогадуватися, що цій процедурі передує укладання угоди з експертною установою або окремим експертом про надання експертних послуг. Але форма цієї угоди, її зміст і порядок укладення законодавцем не встановлені.

3) Непослідовність Законодавця прослідковується і в тому, що маємо незрозумілі нормативні аргументи щодо заборони постановки навідних запитань під час прямого допиту в суді і навпаки - дозвіл на їх постановку на перехресному допиті (п. 6 та п. 7 ст. 352 КПК) [1].

1. Журавель В.А. Проблеми організації досудового розслідування в контексті положень чинного Кримінального процесуального кодексу України / В. А. Журавель: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/7396>.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / [О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. - Х. : Право, 2012. - Т 1. – 768 с.

3. Шепітько В.Ю. Трансформації в кримінальному процесі та деякі тенденції криміналістики в сучасних умовах / В.Ю. Шепітько // Актуальні проблеми застосування нового кримінального процесуального законодавства України та тенденції розвитку криміналістики на сучасному етапі : м-ли Всеукр. наук.-практ. конф. (Харків, 5 жовт. 2012 р.) / МВС України ; Харк. нац. ун-т внутр. справ ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : ХНУВС, 2012. – 668 с.

АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД УХВАЛ СЛІДЧОГО СУДДІ: ОКРЕМІ ОСОБЛИВОСТІ

Крикливець Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Неоднозначною є практика реалізації судами апеляційної інстанції наданих їм повноважень за наслідками розгляду скарг на ухвали слідчих суддів. Згідно ч. 3 ст. 407 КПК України (далі – КПК) до них належать: 1) залишити ухвалу без змін та 2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу.

У більшості випадків суд апеляційної інстанції, задовольняючи апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді про повернення скарги, призначає новий розгляд у суді першої інстанції. У випадку перегляду ухвал слідчого судді суд апеляційної інстанції не має повноваження призначити новий судовий розгляд, хоча для порівняння ч. 1 ст. 407 КПК за результатами розгляду скарг на вирок або ухвалу суду першої інстанції апеляційним судом надає останньому ширше коло прав, зокрема: скасувати вирок повністю чи частково та ухвалити новий вирок; скасувати ухвалу повністю чи частково та ухвалити нову ухвалу; скасу-

вати вирок або ухвалу і призначити новий розгляд в суді першої інстанції (п. 3, п. 4 і п. 6 відповідно). Проте у судовій практиці трапляються випадки, коли суд апеляційної інстанції не обмежується лише скасуванням ухвали слідчого судді про повернення скарги, зокрема на постанову про закриття кримінального провадження, а також вирішує по суті скаргу учасника провадження, задовольняючи її та скасовуючи постанову про закриття кримінального провадження чи відмовляючи у її задоволенні. Ті ж судді, які розглядають також і скаргу по суті, діють в межах приписів ч. 3 ст. 407 КПК. Проте і у цьому випадку судові рішення не завжди узгоджуються з усіма приписами процесуального закону.

2. Крім названої вище науково-прикладної проблеми виникає ще одна, що стосується реалізації повноважень суду апеляційної інстанції при перегляді ухвал слідчих суддів, постановлених за результатами розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора. У ст. 309 КПК наведено перелік ухвал слідчого судді, що підлягають апеляційному оскарженню. У проаналізованій вище ситуації, розглядаючи апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді про повернення скарги на постанову слідчого чи прокурора про закриття кримінального провадження, суд апеляційної інстанції потенційно має повноваження розглянути апеляційну скаргу на ухвалу слідчого судді про відмову у задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження. Трапляються, однак, випадки, коли апеляційний суд при вирішенні апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді про повернення скарги на рішення, дію чи бездіяльність слідчого чи прокурора, ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарг на які не можуть бути предметом розгляду судом апеляційної інстанції, вирішує також і такі скарги. Наприклад, ухвалою суду апеляційної інстанції скасовано ухвалу слідчого судді суду першої інстанції про повернення скарги, поновлено строк на звернення скаргника до суду та задоволено скаргу учасника провадження на бездіяльність службових осіб органу внутрішніх справ і зобов'язано останніх внести повідомлення скаргника про вчинені кримінальні правопорушення до ЄРДРУ та розпочати за ними досудове розслідування в порядку ст. 214 КПК.

Піднята проблема не є новою у процесуальній літературі, оскільки на неї вже звертали увагу у своїх працях А. Р. Туманянц, О. Б. Комарницька, О. С. Кашка. Але, як видається, названі дослідники лише констатували наявність самої проблеми та необхідність внесення змін у процесуальний закон. Вважаємо, що є підстави запропонувати додаткову аргументацію.

3. Однією із засад кримінального провадження є *засада змагальності сторін*, згідно якої суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22 КПК). Можна припускати порушення засади змагальності в цій частині, оскільки про об'єктивність суду йдеться тоді, коли останній незаінтересований у конкретному, окрім як законному, вирішенні провадження. Коли ж суд здійснює не властиві йому повноваження, є підстави сумніватися в його об'єктивності.

4. Ще однією засадою є *забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого* в по-

рядку, передбаченому КПК (ч. 1 ст. 24 КПК). У випадках, коли суд апеляційної інстанції вирішує по суті також і скаргу, скаргник фактично позбавляється права на розгляд скарги слідчим суддею суду першої інстанції та перспективної можливості у разі незгоди оскаржити його ухвалу в апеляційному порядку, якщо вона підлягає апеляційному оскарженню. Якщо ж вимоги скаргника не задоволено судом апеляційної інстанції, скаргник за наведених умов позбавляється права на судовий захист, оскільки така ухвала оскарженню не підлягає.

5. Порушується також і *засада диспозитивності*, одна із складових якої передбачає, що слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень КПК (ч. 3 ст. 26 КПК). Діючи, як було зазначено вище, суд апеляційної інстанції не лише виходить за межі своїх повноважень, але й за межі апеляційної скарги, оскільки апелянтом ставиться лише питання про скасування ухвали слідчого судді, а не й про вирішення скарги по суті.

6. Частково цю ситуацію можна виправдати міркуваннями *процесуальної економії*, яка, хоча чітко у законодавстві і не передбачена, тим не менше також є загальною засадою кримінального провадження. Діючи інакше, судові апеляційної інстанції, як вже зазначалось, все-одно доведеться вийти за межі наданих повноважень та скерувати матеріали для розгляду судом першої інстанції, а суд першої інстанції повинен призначити та провести судовий розгляд, що, враховуючи строки проведення досудового розслідування, потребуватиме занадто тривалого часу та може знизити ефективність судового контролю. Проте все ж таки за основу слід брати відсутність об'єкта перегляду, оскільки на момент апеляційного розгляду відповідного питання воно не розглядалося та не вирішувалося судом (суддею) першої інстанції.

7. Якщо процесуальний закон гарантує учаснику провадження можливість поновити порушене право у судах двох інстанцій, то розгляд у такому випадку скарги по суті судом апеляційної інстанції дорівнює порушенню процесуальної форми, яка розглядається як одна з гарантій дотримання прав суб'єктів кримінального провадження. А у підсумку можна констатувати неспроможність кримінального провадження досягнути поставлену перед ним мету та завдання, закріплені у ст. 2 КПК.

8. Неоднозначність правозастосування навряд можна вважати позитивним явищем. Видається, що однією із її причин є законодавчі недоліки, що не дозволяють судам першої та апеляційної інстанцій повністю реалізувати їхній процесуальний статус та забезпечити змагальну процедуру судового розгляду скарг. За відсутності правової норми, яка б врегулювала ці правовідносини, суд мав би за аналогією застосувати норму, закріплену п. 6 ч. 1 ст. 407 КПК, відтак скасувати ухвалу слідчого судді та призначити новий розгляд у суді першої інстанції.

Таким чином, слід усунути правову ситуацію, коли суд апеляційної інстанції, замість суду першої інстанції, розглядає скаргу по суті. З цією метою необхідно доповнити ч. 3 ст. 407 КПК пунктом третім наступного змісту: «3) скасувати ухвалу і призначити новий розгляд у суді першої інстанції».

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ПІДГОТОВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Павич Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Прийняття у 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) стало важливим етапом на шляху вдосконалення процесуальної форми й механізму судового захисту прав людини та посилення змагальних засад кримінального провадження. Так, прийняття нового КПК України зумовило істотну зміну кримінально-процесуальної форми, ліквідацію деяких застарілих та запровадження нових процедур. Однією із новел цього Кодексу стала поява підготовчого провадження, яке було трансформоване зі стадії попереднього судового розгляду, остання ж, у свою чергу, виникла свого часу на основі стадії відання обвинуваченого до суду.

Законодавець із прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України визначення поняття підготовчого провадження не дає.

В. В. Назаров визначив, що підготовче провадження – це самостійна стадія кримінального процесу, яка полягає в тому, що суд у встановленому законом процесуальному порядку вирішує питання про призначення судового розгляду і про підготовку до судового розгляду.

О. В. Єні, Л. Г. Матієм зазначають, що підготовче провадження це не лише проміжний етап між стадією досудового розслідування та судовим розглядом. Процесуальні дії, які відбуваються під час підготовчого провадження, дають змогу забезпечити оперативність правосуддя, не доводячи до стадії судового розгляду ті кримінальні провадження, які потребують закриття у встановлених законом випадках; забезпечити дотримання розумних строків кримінального провадження, а також повноти та неупередженості судового розгляду шляхом належної підготовки до нього; забезпечити реалізацію низки прав та законних інтересів учасників кримінального провадження.

С. І. Дячук, В. І. Галаган, О. І. Галаган вважають, що передбачене главою 27 КПК підготовче провадження є важливою самостійною стадією кримінального процесу, в якій суд у судовому засіданні за участю сторін кримінального провадження зобов'язаний у розумні строки, на підставі ретельного вивчення процесуальних актів закінчення досудового розслідування та доданих до них документів перевірити, чи досить підстав для призначення за даним провадженням судового розгляду, для закриття провадження чи вирішення справи шляхом затвердження відповідної угоди та ухвалення вироку щодо неї.

Пропонуємо визначити підготовче провадження як самостійну стадію кримінального процесу, в якій суддя одноособово, за участю учасників кримінального провадження (прокурора, обвинуваченого, захисника, потерпілого, його представника та законного представника, цивільного позивача, його представника та законного представника, цивільного відповідача та його представника), не вирішуючи

наперед питання про винуватість обвинуваченого, перевіряє наявність фактичних і юридичних підстав розглядати справу в суді, вирішити питання, пов'язані з підготовкою справи до судового розгляду та постановити відповідне рішення.

Вважаємо, що дане визначення повністю характеризує поняття та значення стадії підготовчого провадження, оскільки саме в цій стадії здійснюється перевірка матеріалів кримінального провадження і підготовка такого до судового розгляду, чим забезпечуються необхідні передумови для правильного вирішення справи і виключається проведення судового розгляду без достатніх на те підстав, та, відповідно, є запорукою ефективного, дієвого судового розгляду та вирішення кримінального провадження.

Основне призначення цієї стадії полягає в тому, щоб процесуально та організаційно забезпечити проведення судового розгляду відповідно до положень кримінального процесуального закону.

Законодавцем регламентовано, що за результатами підготовчого провадження суд має право прийняти одне із таких рішень: затвердити угоду або відмовити в затвердженні угоди та повернути кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому **статтями 468-475 КПК України**; повернути обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам КПК України; направити обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру до відповідного суду для визначення підсудності у випадку встановлення непідсудності кримінального провадження; призначити судовий розгляд на підставі обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру; а також закрити кримінальне провадження.

Коло цих завдань впливає безпосередньо з мети, з якою здійснюється процесуальна діяльність в цій стадії. Остання, своєю чергою, залежить від ролі підготовчого провадження в системі кримінального судочинства – проміжного етапу між стадіями досудового розслідування і судового розгляду. З огляду на це, стадія підготовчого провадження покликана виконувати три завдання, які відображають спрямованість цієї стадії кримінального процесу. Саме з мети підготовчого провадження випливають такі її завдання: контрольне, організаційно – підготовче, вирішення кримінального провадження. Виконання судом функції, так би мовити, «ревізійного контролю» дає йому можливість здійснювати підготовчо-організаційні дії, необхідні для належного судового розгляду провадження, чи прийняти відповідне рішення щодо вирішення кримінального провадження вже на цьому етапі. Приймаючи конкретне рішення, суд повинен обґрунтувати таке доказами, наданими чи отриманими у законні способи.

Відтак, ми схилиємось до думки більшості науковців, які стверджують про неможливість проведення оцінки доказів в стадії підготовчого провадження. Суддя не може вдаватися до оцінки достовірності доказів не тільки при призначенні судового розгляду, але і при закритті кримінального провадження за результатами підготовчого провадження, оскільки тут не проводиться дослідження та оцінка доказів винуватості особи.

Стадія підготовчого провадження лише займає проміжне положення між досудовим розслідуванням, стосовно якого вона має контрольний характер, і судовим розглядом, стосовно якого вона має організуючий характер, а також служить «процесуальним фільтром» – покликана не допускати в судовий розгляд кримінальні провадження, що підлягають закриттю чи по яких складенні не у відповідності із вимогами кримінального процесуального закону обвинувальний акт, клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру, клопотання про застосування примусових заходів медичного характеру або клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності.

ЗДІЙСНЕННЯ ПРОКУРОРОМ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА НА ЗАВЕРШАЛЬНОМУ ЕТАПІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Лизак Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Завершальний етап досудового розслідування спрямований на виконання процесуальних дій, пов'язаних із його закінченням, складанням підсумкового процесуального рішення, внесенням відомостей про закінчення досудового розслідування до Єдиного реєстру досудових розслідувань і належним спрямуванням кримінального провадження. Сукупність процесуальних дій, які підлягають виконанню на цьому етапі, залежить від форми закінчення досудового розслідування. [1]

Немає єдності думок і щодо того, коли ж розпочинається цей самий завершальний етап досудового розслідування, одні вважають, що завершальний етап – розпочинається з надання доступу до матеріалів досудового розслідування, відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження і закінчується складанням підсумкового рішення органом досудового розслідування, інші ж вважають, що завершальний етап починається з моменту коли встановлена підозрювана, у вчиненні кримінального правопорушення, особа, або ж коли їй повідомлено про підозру.

Наприклад, О. В. Капліна зазначає, що терміном «повідомлення про підозру» може позначатися певний етап стадії досудового розслідування, з якого починається притягнення особи до кримінальної відповідальності. Його можуть розуміти як сукупність кримінальних процесуальних дій та рішень, які здійснюються та приймаються на цьому етапі.

Слід повністю погодитися із Т. В. Лукашкіною, що «із змісту Глави 22 КПК можна зробити висновок про те, що під повідомленням про підозру мається на увазі і документ, у якому формулюється підозра, і дія — повідомлення про підозру» [2]. Саме тому надалі слід розглянути повідомлення про підозру як процесуальний акт та як процесуальну процедуру.

На думку Ю. П. Аленіна та І. В. Гловюка повідомлення про підозру як процесуальний документ є процесуальним рішенням — юридичним актом початку та одночасно персоніфікації кримінального переслідування, оскільки у зв'язку із повідомлення про підозру з'являється такий суб'єкт кримінального провадження, як підозрюваний, а з моменту повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення починається притягнення особи до кримінальної відповідальності. Саме з моменту повідомлення особи про підозру між слідчим, прокурором та підозрюваним виникають кримінально-процесуальні відносини, змістом яких є конкретні права та обов'язки сторін, що врегульовані [3].

Гурієва Л. М. також вважає, що повідомлення про підозру є процесуальним рішенням слідчого, прокурора про вчинення кримінального правопорушення певною особою та процесуальною дією (сукупністю процесуальних дій) щодо вручення особі письмового повідомлення про підозру.

Татаров О. Ю. Мірковець Д. М. вважають за необхідне внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України в частині визначення можливості оголошення в розшук особи, відносно якої складено повідомлення про підозру, а також застосування щодо неї затримання з метою приводу на підставі ухвали слідчого судді[4].

Як вважає, О. Фараон особа, отримуючи письмове повідомлення про підозру та набуваючи статусу підозрюваного, з одного боку дещо обмежується в певних своїх правах, а з іншого – наділяється специфічними правами, реалізація яких можлива і необхідна в рамках кримінальних процесуальні-правовідносин (право на захист, надавати докази, заявляти клопотання, оскаржувати дії слідчого, тощо.) [5].

Ще М.С.Строгович зазначав, що притягнення особи, як обвинуваченого у певній мірі можна вважати позитивним, для особи, яка обвинувачується, оскільки, в силу закону, це зумовлює надання йому низки процесуальних прав та їхніх гарантій для заперечення обвинувачення, що було б неможливим, якби досудове розслідування щодо саме даної особи велося без її залучення як обвинуваченого. Тому мова йде про доволі парадоксальне положення – притягнення як обвинуваченого – у певній мірі є сприятливим, для особи що притягується, та певним чином здійснюється в його ж інтересах з метою забезпечення його прав [6]. Зазначене в повній мірі стосується і повідомлення особі про підозру.

На думку В. Г. Неділько, покладений на прокурора обов'язок у «найкоротший строк» після повідомлення особі про підозру вчинити одну з дій, наведених у ч. 2 ст. 283 КПК України після закінчення досудового розслідування, необхідно розуміти наступним чином: процесуальні рішення про закінчення досудового розслідування повинні прийматись без затримки і в стислі строки порівняно з граничними, визначеними КПК України, за умови всебічного, повного, неупередженого дослідження всіх обставин у кримінальному провадженні та оцінки зібраних доказів, тобто виконанні вимог ст. 91 КПК України про встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні [7].

рішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 190–195. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/aymvs_2013_2_35.pdf

2. Лукашкіна Т.В. Доказування як етап правоприменительного процесу // Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні : матеріали Всеукраїнської науково-практичної Інтернет- конференції (27 листопада 2013 р., м. Одеса) / відпов. за випуск Ю. П. Алєнін. — Одеса : Юридична література, 2013. – С. 33.

3. Алєнін Ю. П. Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення / Ю. П. Алєнін, І. В. Гловюк // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2014. – № 1. – С. 161–169. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/vprc_2014_1_18.pdf

4. Татаров О. Ю. Повідомлення про підозру: проблеми кримінальної процесуальної регламентації / О. Ю. Татаров, Д. М. Мірковець // Митна справа. – 2015. – № 1(2.2). – С. 265–271. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Ms_2015_1\(2.2\)_21.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Ms_2015_1(2.2)_21.pdf)

5. Фараон О.В. Вручення повідомлення про підозру / О.В. Фараон // Національний юридичний журнал: теорія та практика. – 2014. – С. 114–118.

6. Строгович М. С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности., М., 1984, с.110.

7. Неділько В. Повноваження прокурора під час закриття кримінального провадження / В. Неділько // Вісник Національної академії прокуратури України. - 2013. - № 2. - С. 60-64. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Vnapu_2013_2_13.pdf

ПОВНОВАЖЕННЯ ПРОКУРОРА В ХОДІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА КПК ІТАЛІЇ

Луцик В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Чинний італійський Кримінально-процесуальний кодекс (Codice di Procedura Penale) був прийнятий в 1988 році і набув чинності через рік. У порівнянні з попереднім КПК Італії, новий кодекс закріпив нову концепцію кримінального процесу наближену до англо-американської системи кримінального судочинства. Після Другої світової війни, і особливо з кінця 1950-х років, вчені все частіше стали критикувати кодекс, який вважався пережитком слідчої моделі кримінального процесу. Післявоєнна Конституція Італійської Республіки стала відправною точкою для реформи кримінального процесу, закріпивши істотні гарантії прав обвинуваченого. Наступні реформи посилили реалізацію права на захист, зокрема, надавши право захиснику обвинуваченого брати участь у слідчих діях, які проводилися слідчим суддею. Після більш ніж двадцяти років політичного тиску, академічних досліджень і парламентських дебатів прийнятий КПК Італії 1988 року замінив «стару систему» кримінального процесу на змагальну модель.

Прокурор має конституційний обов'язок здійснювати нагляд за діяльністю поліції в ході досудового розслідування. Втручання прокурора у діяльність поліції має на меті забезпечення принципу законності у кримінальному процесі, незалежності судової системи та рівності всіх осіб перед законом. Італійська правоохоронна система проводить чітке розмежування між двома функціями поліції – громадською безпекою та діяльністю поліції у кримінальному процесі, причому в предмет прокурорського нагляду входить сама друга функція. Хоча прокурор в доктрині італійського кримінального процесу продовжує залишатися «господарем» досудового розслідування, зокрема може розпочати розслідування за власною ініціативою, не чекаючи поліції, щоб забезпечити своєчасну реєстрацію повідомлення про злочин, однак в останні роки активна роль поліції в досудовому розслідуванні зростає.

Зазвичай, поліція першою має справу із злочиним, і від неї вимагається вжити необхідних заходів щодо збереження та зібрання доказів та інших матеріалів, які мають значення для розслідування. Тільки на цьому початковому етапі розслідування поліція є дещо незалежною від прокуратури. Поліція повинна негайно повідомити прокурора про кожне вчинене кримінальне правопорушення, зібрані докази і проведене розслідування.

Після отримання повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення прокурор розпочинає процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, і зобов'язаний вжити всіх необхідних заходів, щоб встановити, чи було вчинено кримінальне правопорушення та чи достатньо доказів, щоб розпочати кримінальне переслідування. Прокурор може проводити низку слідчих дій, у тому числі обшук осіб, приміщень, допит осіб. Більшість з цих дій можуть проводитися поліцією на підставі доручення прокурора, за винятком допиту особи, яка знаходиться під вартою та примусового відібрання біологічних зразків. Поліції притаманний певний ступінь автономії, зокрема за власною ініціативою, поліція може викликати і допитувати свідків, потерпілих і підозрюваних, які не знаходяться під вартою. Крім того, поліція може обшукувати осіб і приміщення без ордеру, якщо особа затримана у момент вчинення злочину, хоча в подальшому законність цих дій повинна бути перевірена прокурором.

Прокурори можуть видавати два види вказівок:

- спеціальні вказівки – щодо проведення поліцією конкретних слідчих дій, наприклад, виклик і допит свідка, проведення обшуку.

- загальні вказівки – в яких зазначається лише вид інформації, яка повинна бути зібрана, надаючи поліції право на свій розсуд вибирати найбільш відповідні засоби для досягнення мети.

На практиці, у поліції є широкі повноваження щодо розслідування злочинів невеликої тяжкості. Прокурор в такому випадку здійснює обмежене процесуальне керівництво, залишаючи поліції право визначити порядок проведення слідчих дій і в необхідних випадках прокурор видає ордер для проведення відповідних слідчих дій. Тільки у справах про тяжкі злочини прокурор здійснює повний контроль за ходом розслідування, в «ручному режимі» визначаючи напрямок розслідування. Поліція не має права використовувати

спеціальні методи розслідування, такі як негласні слідчі дії, допомогу інфільтрованих агентів, агентурні операції без попереднього погодження або подальшого повідомлення прокурора.

Відповідно до вимог КПК Італії прокурор повинен вносити усі повідомлення про кримінальні правопорушення у спеціальний реєстр, а після цього розпочати досудове розслідування, завершивши його складанням обвинувального акту та направленням справи до суду. Однак, на практиці, прокурори часто не реєструють багато повідомлень про злочини, і не проводять жодних слідчих дій для більшості зареєстрованих злочинів. Натомість, вони очікують спливу максимального строку проведення досудового розслідування, а після цього звертаються до суду із клопотанням про закриття кримінального провадження. Так, у січні 2008 року, співробітники міністерства юстиції виявили у робочому кабінеті прокурора трибуналу Болоньї більше ніж 2000 прихованих від реєстрації заяв про кримінальні правопорушення.

СТРУКТУРА ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ ТА ІНШИМИ СУБ'ЄКТАМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЯК ОДНОГО З ЕЛЕМЕНТІВ ВИДОВОЇ (ГРУПОВОЇ) МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Малюга В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На противагу більшості вже на загал усталеним у криміналістичній науці елементам типових методик розслідування, зокрема, таким як криміналістична характеристика відповідного виду (групи) злочинів, слідча (криміналістична) профілактика, періодизовані типові слідчі ситуації розслідування тощо, безпідставно казати, що в цій науці існує багато поглядів щодо будь – яких аспектів структури аналізованого елемента – взаємодії слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні. Їх, наскільки відомо, майже не існує.

Проте це не означає, що взаємодія як елемент методики не має своєї природи, призначення, а тому, була поза науковим інтересом.

З'ясування загального поняття, правових основ і принципів, функцій взаємодії слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні тощо дає можливість констатувати, що її природа, все ж і в більшому, правова. Принаймні вже це, черговий раз, дає підстави на самостійно-елементне існування наукових положень взаємодії слідчого в структурі методики розслідування окремих категорій (видів, груп) злочинів і на доцільність аналізу його структури.

Розглядаючи взаємодію слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні, необхідно вказати на елементи її будови (структури), а саме: суб'єкти взаємодії; об'єкти взаємодії; форми взаємодії; теоретичний, правовий та ситуативний зміст взаємодії; її мета і завдання. Крім цього виправдано також вважати серед таких ще й: предмет і методи взаємодії, а також тактичні особливості окремих її видів (що згодом намагатимось обґрунтувати). Це, як видається, найбільш узагальнена структура взаємодії слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні, яка може закономірно змінюватися залежно від особливостей кримінального провадження, обумовленого специфічністю того чи іншого виду злочину (групи злочинів), ситуативних і суб'єктно – складових аспектів цього провадження тощо. Це очікувано, адже структура аналізованого нами елемента, як і структура будь – якого іншого елемента типової методики як системи, не є незмінною, чи б пак, інваріантним її аспектом.

Коли кількісні зміни змістовного наповнення в системі виходять за межі міри і породжують її якісні зміни, останні завжди виступають наслідком - зміною структури цієї системи. Зв'язок елементів в системі підпорядковується діалектиці взаємовідносин частини і цілого. За поєднання елементів в цілісну систему її властивості виявляються індиферентними алгебраїчній сумі властивостей її компонентів.

Для системно - структуризованих об'єктів, яким також є взаємодія слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні, суттєвим є й те, що і сама вона, як об'єкт специфічного типу, і всі взаємовпливи та зв'язки між її елементами, підпорядковані специфічним як для їхнього диференціювання (виокремлення, розчленування) законам. Вони, власне, і визначають, з одного боку, вже аналізовану правомірність та особливості існування взаємодії слідчого як відповідного елемента методики, а з іншого – допустимо – припустимі (імовірні) його структурні зміни.

Між елементами (підсистемами) аналізованого компонента методики розслідування можуть бути і, як видається, є різні взаємозв'язки і взаємовпливи. Адже саме цей чинник (однотипність і стійкість відносин та взаємовпливів), власне й обумовлює специфічність функціонування його структури. Згодом, під час більш детального аналізу ми прослідкуємо, як на ту чи іншу специфіку взаємодії слідчого у кримінальному провадженні (правову, тактичну тощо) впливатиме, наприклад, поєднання обраної слідчим тієї чи іншої форми (напрямку, виду) взаємодії та суб'єктного складу її здійснення; правова регламентація (ситуативний зміст) та вид злочину, під час розслідування якого, власне, й виникає потреба у взаємодії тощо.

Системи, як вже було зазначено, є різних обсягів і рівнів: великі та малі, прості та складні. Малі й прості системи, як правило, структурно вже неподільні. А ось всередині великих і складних систем, яким притаманна певна кількість різноманітних зв'язків і взаємозалежностей, своєю чергою і про що вже йшлося, також можна вичленовувати певну низку структур. Такі системи називають багатоструктурними, багаторівневими. Саме як таку можна розглядати і систему –

структурний елемент « взаємодія слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні ».

Іншими слова, кожний елемент, що утворює цю взаємодію, також у певних межах утворений більшою чи меншою низкою підструктур, у нашому випадку, елементів - характеристик. Про що йдеться.

Скажімо, такий елемент взаємодії як її суб'єктний склад також утворений самостійною низкою елементів – характеристик. Це, зокрема, вид суб'єкта взаємодії залежно, принаймні, від: 1) ролі в ініціюванні (організації) та здійсненні взаємодії; 2) правового статусу суб'єкта; 3) процесуального чи іншого інтересу тощо. У нашому випадку, тобто в розгляді взаємодії слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами у кримінальному провадженні, суб'єктом ініціатором (організатором), якщо не завжди, то переважно, виступає слідчий (зрідка, прокурор, як, передусім, процесуальний керівник або ж інші суб'єкти, коли вони самі заінтересовані в залученні до відповідних ситуацій розслідування слідчого). Так само він за правовим статусом є юридично відповідальним (в контексті загальної відповідальності і за належну реалізацію взаємодії зокрема, і за все досудове розслідування взагалі), а отже зобов'язаний, не лише за потреби організувати взаємодію, а й контролювати її здійснення, належно використовувати в розслідуванні її результати тощо (про це вже йшлося). Крім цього, слідчий засобами взаємодії завжди переслідує у здійснюваному ним кримінальному провадженні, винятково, процесуальний інтерес. Яку саме форму, вид взаємодії обере слідчий, в якій послідовності будуть проведені багатоєпізодні варіанти взаємодії, залежатиме від конкретних обставин кримінального провадження, внутрішнього переконання слідчого, або ж навіть заявлених, наприклад, стороною захисту клопотань. Зрозуміло, що відповідний вид взаємодії слідчого з тими чи іншими суб'єктами у кримінальному провадженні повинна проводитися за наявності для того законних підстав. За відомою аналогією, такими підставами є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення мети і завдань цієї взаємодії. Зрозуміло й те, що ніде, в тому числі і в законі не може бути зазначено, яка саме сукупність відомостей може бути визнана достатньою для здійснення взаємодії. Однак, так чи інакше, ця сукупність має бути достатньою, а отже, мова повинна йти не про одиничні повідомлення, відомості, докази, а про їх сукупність.

Відомості, що вказують на можливість досягнення мети відповідного виду взаємодії, можуть бути отримані в ході проведення певних слідчих (розшукових) дій (гласних і негласних), у ході проведення оперативно-розшукових заходів, ревізій та перевірок, під час проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК.

У ході організаційних заходів слідчого для майбутнього здійснення взаємодії повинні б бути й такі заходи, які б за потреби і можливості забезпечували: 1) майбутнім її учасникам, відповідно до їх процесуального статусу та ролі у цій співпраці їх права й обов'язки, передбачені КПК; 2) усвідомлення процесуального, тактичного порядку здійснення відповідного виду взаємодії, 3) розуміння особистої відповідальності, установленної законом. Знову ж таки, в необхідних випадках слідчий попереджає відповідних суб'єктів взаємодії (передусім учасників з фізичних осіб), яким стали відомі відомості досудового розслідування у зв'язку з участю у

взаємодії, про їх обов'язок не розголошувати такі відомості без його дозволу. Незаконне розголошення відомостей досудового розслідування, як відомо, тягне за собою кримінальну відповідальність, установлену законом (ст. 222 КПК, ст. 387 КК).

Ні кримінальний процесуальний закон, ні інші нормативно - правові акти не містять чітких указівок стосовно часу здійснення взаємодії. Зрозуміло, що це залежить від внутрішнього переконання слідчого (прокурора) та слідчої тактики.

За загальним правилом, взаємодія слідчого у кримінальному провадженні не може бути здійснена поза межами строків досудового розслідування, передбачених КПК, бо тоді вона не може мати статусу як такої, що здійснена в процесуальній формі. Однак, є підстави (причини) й ситуації, коли організація і здійснення слідчим взаємодії з відповідними суб'єктами може мати місце і до відкриття кримінального провадження, скажімо, з відповідними оперативно – розшуковими підрозділами (ця форма взаємодії регламентована вже частково аналізованим розділом 3 Інструкції МВС України « З організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень « від 14.08.2012 р. за № 700) чи за углядом слідчого з іншими суб'єктами (представниками засобів масової інформації (ЗМІ), громадськості, окремо взятими громадянами (передусім, як відповідними посадовими чи службовими особами - в межах умовної перевірки законних приводів і достатньої підстави для відкриття кримінального провадження в порядку, визначеному ч. 1,2 ст. 214 КПК України). За цих умов взаємодія слідчого з відповідними потенційними суб'єктами у майбутньому кримінальному провадженні є однією з, так званих, невідкладних непроцесуальних форм взаємодії, що здійснюються, поки що, поза межами цього провадження (яке, до речі, може й не настати за відсутності ознак вчинення кримінального правопорушення).

1. Когутич І. І. Галузеві правові та теоретико – прикладні аспекти методики підтримання державного обвинувачення в суді. Вказана праця. – С.43–44.

2. Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.

3. Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. Вопросы и ответы /В.Н. Протасов. – М.: Новый Юрист, 1999. – 240 с.

4. Алексеев С. С. Общая теория права: В 2-х т, Т. 2 / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. литература, 1982. - 360с

5. Багрій М.В. Угляд (розсуд) слідчого у кримінальному судочинстві України: до питання визначення поняття / М. В. Багрій // Часопис Академії адвокатури України. № 13 (4), 2011. – С. 101–105.

6. Криміналістика. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник для студентів юрид. вузів і фак./ За ред. проф. В.Ю.Шепитька. – Х. : Право, 1998. – 376 с. С.172.

7. Калужна О. М. Окремі проблеми концепції криміналістичної характеристики злочинів / О. М. Калужна // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – Івано-Франківськ, 2004. – Вип. XIII. – С. 217–221

**ДОСЛІДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКУМЕНТІВ
У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ*****Мурадов В.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Як відомо інформаційно-комунікаційні технології на даному етапі свого розвитку представляють складну розгалужену систему, яка тісно пов'язана з багатьма сферами життєдіяльності. Важко переоцінити їх величезний вплив на ефективність та результативність діяльності у різних 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 реалізовується 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. Все частіше можна спостерігати 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 досить особливого статусу, а саме такого виду доказів як документи у електронній формі.

Для чіткого розуміння процесу дослідження таких доказів у судовому розгляді кримінального провадження, розглянемо процес розміщення інформації в мережі Інтернет і наступне її використання. Для початку така інформація має бути перетворена у особливий формат, який дозволить розміщення та поширення її у мережі. Загальноприйнятим форматом текстової інформації у мережі Інтернет на даний момент є мова програмування HTML (Hyper Text Markup Language — мова гіпертекстового подання документів). Після переформатування, вона розміщується на спеціальних комп'ютерних системах – носіях інформації. Це постійно увімкнені комп'ютери, що під'єднані до мережі Інтернет – сервери. Кожен з них має конкретно визначену адресу, що надається доменним ім'ям та IP-ідентифікатором (відповідно текстовий код-адреса та цифровий ідентифікуючий код у вигляді чотирьох чисел записаних через крапки). А інформація, що зберігається на серверах також має свою унікальну адресу, що існує у вигляді так званого посилання (URL — uniform reference locator). Таким чином інформація у вигляді набору файлів, розміщених за конкретно визначеною адресою та спеціальними програмними засобами, зорієнтованими на аудіо-

візуальне ознайомлення з нею (браузерам на комп'ютерах користувачів) сприймається та засвоюється. Важливим елементом у процесі такого розміщення видається участь певних посередників, а саме так званих провайдерів, котрі надають послуги телематичних служб (предмет їх діяльності – функція передачі інформації спеціальними мережами). В свою чергу такі власники інформаційних систем надають фізичним і юридичним особам можливість створити, розмістити та забезпечити публічний доступ до інформаційних ресурсів. Однак результат, який ми спостерігаємо при перегляді такої інформації за допомогою інтернет-браузерів (сторінки з текстом, фото-, відео-, аудіоінформацією) фактично є візуальним образом набору комп'ютерних файлів, тобто при поданні такого роду доказів (а саме особливих електронних документів) виникає питання, що саме необхідно подавати суду: відображення, що сприймається під час перегляду інтернет-сторінок, чи набір окремих файлів, які становлять повноцінну інформаційну структуру.

Це питання потребує певного уточнення. Поняття «документ» на офіційному рівні тлумачиться по-різному. Тільки у державних стандартах (ДСТУ) зафіксовано принаймні три таких дефініції. А саме: документ — записана інформація, яка може розглядатися як одиниця під час здійснення інформаційної діяльності. Також документ може ідентифікуватись як матеріальний об'єкт з інформацією, закріпленою створеним людиною способом для її передавання в часі та просторі. Інший акт визначає документ як інформацію, зафіксовану на матеріальному носії, основною функцією якого є зберігати та передавати її в часі та просторі. У статті 1 Закону України «Про інформацію» говориться, що документ — матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі. КПК України у статті 99 поняття документу в контексті джерел доказів трактує як спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. До документів, за умови наявності в них відомостей, передбачених частиною першою цієї статті, можуть належати: матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні); матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України; складені в порядку, передбаченому КПК, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії; висновки ревізій та акти перевірок.

На міжнародному рівні загальним визнано визначення документа як записаної інформації, яка може бути використана як одиниця в документаційному процесі. Таке визначення розроблене та затверджене Міжнародною організацією зі стандартизації (ISO) за участю Міжнародної федерації бібліотечних асоціацій, Міжнародної федерації з документації, Міжнародної ради архівів, Міжнародної організації з інтелектуальної власності. Згідно зі стандартом ISO, інфор-

мація може бути записана будь-яким способом фіксування відомостей, за допомогою не тільки знаків письма, але й зображення, звука тощо. Таке визначення дозволяє віднести до документів усі матеріальні об'єкти, які можуть бути використані для передавання інформації в суспільстві.

Отже існує дві основних точки зору стосовно документу: це або матеріальний носій з інформацією, або інформація сама по собі. Видається, що більш вдалим є ототожнення документу з інформацією, а не її носієм. Якщо, наприклад, інформація була передана за допомогою голосу, потім переведена у текстову форму або записана у формі фонограми, змістовно вона не змінюється – змінюється лише її носій. І дослідження такого доказу як процес безпосереднього сприйняття та аналізу має проводитись стосовно інформації, зафіксованої у ньому, а це неможливо без використання необхідних для цього техніко-криміналістичних засобів. Дослідження лише носія інформації не дасть бажаного результату (не видається ефективним лише зовнішній огляд, скажімо, компакт диска з даними, необхідно підібрати відповідні технічні і програмні елементи для розкодування саме інформаційного наповнення такого доказу). Центральне місце у дослідженні таких доказів є інформація, сприйняття якої буде результатом дослідження документу, а отже його сутністю.

Однак сам документ може знаходитись і існувати не лише у звичній нам матеріальній площині, але й у закодованому вигляді, знаходячись у різного роду технічних носіях. Таким чином цей документ може набути статусу електронного Визначення «електронні» («е») можна узагальнити за такими ознаками як подання інформації в цифровому вигляді (текст, звук, зображення статичне або те, що рухається у цифрових форматах), необхідність програмних та апаратних засобів для її сприймання людиною (тобто, комп'ютерного обладнання та програмного забезпечення), необхідність телекомунікаційних засобів для отримання та розповсюдження інформації.

Цей документ визначається національними стандартами як документ, який створюють та використовують тільки в межах комп'ютерної системи. А згідно ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» (Закон України від 22 травня 2003 р. №851 –IV) електронний документ - документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Реквізити електронного документа повинні розміщуватись відповідно до чинних нормативних документів та стандартів. Тобто законодавець суттєво звужив це поняття.

Відповідно до ДСТУ 4163-2003, таких обов'язкових реквізитів п'ять: найменування організації-творця документа; місцезнаходження організації-творця документа (або поштова адреса); найменування документа; дата виготовлення документа; код особи, що виготовила або затвердила документ.

Інформація з таких джерел як мережі (як локальні та і Інтернет), файлові системи, протоколи роботи систем і підсистем, log файли (файли з записом зовнішніх подій або протоколювання роботи самої програми-джерела записів у хронологічній послідовності), сервіси зберігання інформації в мережі Інтернет (SkyDrive, Adrive, Box.net, Clip2Net, DropBoks, MediaMax та ін.), електронні

скриньки, системи інтернет-банкінгу та з багатьох інших джерел, фактично домінує у використанні і обробці. Звісно більшість такої інформації не підпадає під визначення «електронного документа» через відсутність необхідних реквізитів. Виникає питання, як представляти такі документи у суді. У КПК України (ч. 3 ст. 99) зазначається: сторона кримінального провадження, потерпілий зобов'язані надати суду оригінал документа. Оригіналом документа є сам документ, а оригіналом електронного документа – його відображення, якому надається таке ж значення, як документу. Однак, навіть якщо застосовувати цю норму щодо документів у електронній формі, стає незрозумілим до кінця, що вважати, власне, цим відображенням.

Повертаючись до питання, що саме необхідно надавати суду: відображення, що сприймається під час перегляду інтернет-сторінок, чи набір окремих файлів, які становлять повноцінну інформаційну структуру. Видається, що вибір слід зупинити саме на представленні повноцінної файлової структури, а у випадках складності або неможливості такого - вигляд документу разом з інформацією з місця його зберігання з записом зовнішніх подій або протоколювання роботи самої програми-джерела записів у хронологічній послідовності. Такий спосіб дозволить відслідкувати можливі зміни, яким піддавалась інформація повністю або фрагментарно. У випадку обмеження дослідження подібної інформації лише ознайомленням із зовнішньою структурою у формі відображення на екрані чи моніторі при перегляді інтернет-сторінки, не видається можливим побачити зміни, які могли вноситись у її структуру протягом певного часу.

Такий спосіб дослідження видається найбільш адекватним характеру та особливостям такого роду доказів. Для цього в контексті техніко-криміналістичного забезпечення такого дослідження необхідно приділити увагу таким елементам як засоби, прийоми та суб'єкти.

Щоб на відповідному рівні здійснювати таке дослідження у суді повинні бути представлені засоби комп'ютерної техніки (з характеристиками не нижче ніж частота процесора 3.2 ГГц / RAM 4 ГБ / HDD 500 ГБ / Intel HD Graphics / DVD+/-RW) та необхідними портами і додатками. Інтегровані монітори у кількості чотирьох (котрі представлятимуть інформацію суду, сторонам, а також присутнім) відповідних розмірів та роздільної здатності не нижче 1920 x 1080 точок. Також на належному рівні має бути представлено і програмне забезпечення (включаючи операційну, антивірусну та програмну складову). Окрему увагу слід приділити і такому аспекту, як ліцензійність цих засобів, оскільки за відсутності цієї складової виникає ризик спотворення змісту доказової інформації або повне її знищення. Також для оперативного доступу до необхідної інформації окремим елементом є канал передачі даних мережі Інтернет зі швидкістю такої передачі не менше 5 Мбіт/сек. Однак необхідно враховувати шкідливість постійного підключення означеного комплексу засобів до такого каналу, оскільки в такому випадку також можливе навмисне знищення або пошкодження доказової інформації шляхом проникнення ззовні та використання шкідливих програмних засобів. Відтак підключення варто здійснювати лише у разі виникнення необхідності, а також з урахуванням вимог безпеки.

Необхідним суб'єктом такого дослідження можна назвати спеціаліста, котрий братиме участь у цьому процесі, сфера спеціальних знань якого дозволятиме адекватно дослідити конкретну інформаційну модель.

Отже, необхідно зазначити, що процедура дослідження електронних документів у судовому засіданні потребує суттєвого вдосконалення з означених напрямків, а також подальшого розвитку та напрацювання ефективності.

ЗМІНА ПРОКУРОРОМ ОБВИНУВАННЯ В СУДІ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Ніколайчук Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тільки прокурор як особа, що підтримує державне обвинувачення, може, виходячи із обставин справи, змінити обвинувачення. Правові підстави для зміни обвинувачення прокурором у суді передбачені у ст. 338 КПК України. Зокрема, з метою зміни правової кваліфікації та (або) обсягу обвинувачення прокурор має право змінити обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа.

Закон визначає межі, у яких прокурор має можливість змінити обвинувачення:

- 1) зміна правової кваліфікації діяння;
- 2) зміна обсягу обвинувачення.

При цьому із змісту ч. 1 ст. 338 КПК України вбачається, що кримінальне процесуальне законодавство не забороняє змінювати обвинувачення як у зв'язку з необхідністю кваліфікації діяння обвинуваченого за законом, який передбачає відповідальність за більш тяжке кримінальне правопорушення, так і у зв'язку із збільшенням обсягу обвинувачення.

Зміна обвинувачення – це внесення коректив у фактичну чи юридичну складову раніше сформульованого обвинувачення. Вони можуть впливати на кримінально-правову кваліфікацію. Додаткове обвинувачення - це таке, яке раніше не пред'являлося і має іншу кримінально-правову кваліфікацію ніж попереднє.

Зміна обвинувачення в бік погіршення становища обвинуваченого може мати місце, наприклад, у провадженнях про кримінальні правопорушення, пов'язані з порушенням правил дорожнього руху та проти життя і здоров'я особи. Підставами для зміни обвинувачення у таких провадженнях, як правило, стає здобуття у судовому засіданні доказів, що свідчать про спричинення потерпілому тілесних ушкоджень більшої тяжкості або спрямованість умислу обвинуваченого на позбавлення життя потерпілого.

Зміна обвинувачення у зв'язку із збільшенням його обсягу може мати місце також у разі наявності достатніх доказів про те, що має місце ідеальна суку-

пність кримінальних правопорушень, тобто одним діянням вчинено два або більше кримінальних правопорушень, а правову оцінку надано лише окремим з них. Прикладами можуть бути випадки вчинення особою хуліганства із заподіянням потерпілому тяжких тілесних ушкоджень, одержання службовою особою в якості хабара наркотичних засобів, умисне вбивство шляхом підпалу будинку, де знаходився потерпілий, вчинення шахрайства з використанням завідомо підробленого документа. За своєю сутністю ідеальна сукупність є єдиним діянням, яке містить ознаки кількох кримінальних правопорушень. Якщо діяння, інкриміноване обвинуваченому, описане у первісному обвинувальному акті, але кваліфіковане за статтями кримінального закону невірно або не кваліфіковане взагалі, то прокурор має право у цьому разі під час судового розгляду скласти новий обвинувальний акт, змінивши обсяг обвинувачення.

Зміна обвинувачення у зв'язку із збільшенням його обсягу може мати місце також у разі, якщо особі попередньо інкримінується вчинення продовжуваного кримінального правопорушення, яке складається з декількох тотожних діянь, об'єднаних єдиним злочинним наміром. Якщо під час судового розгляду буде встановлена відсутність у обвинуваченого такого єдиного наміру, прокурор вправі змінити обвинувачення та кваліфікувати окремі епізоди вчиненого діяння за відповідними частинами статті кримінального закону за ознакою повторності.

Змінити обвинувачення у зв'язку із збільшенням його обсягу можливо також у разі необхідності зміни характеру і ступеню участі обвинуваченого у вчиненні злочину. Наприклад, обвинуваченому на досудовому розслідуванні інкримінувалась участь у вчиненні злочину в ролі пособника, а дослідженими в суді доказами встановлено обставини, що вказують на інший вид співучасника організатор, виконавець, чи підбурювач. Крім того, повноваженнями, передбаченими ст. 338 КПК України, прокурор має право скористатися, якщо, наприклад, на досудовому розслідуванні дії підозрюваного кваліфіковані як готування до злочину, а докази, досліджені в суді, свідчать про те, що обвинуваченим вчинено закінчений злочин або замах на нього.

Підставою для зміни обвинувачення у зв'язку із збільшенням його обсягу є також об'єднання судом відповідно до ст. 334 КПК України матеріалів кримінальних проваджень щодо особи, обвинуваченої у вчиненні кількох кримінальних правопорушень, в тому випадку, якщо таке об'єднання тягне за собою кваліфікацію дій обвинуваченого за законом, який передбачає більш сувору кримінальну відповідальність. У даному випадку прокурор зобов'язаний після виконання вимог ст. 341 КПК України заявити клопотання про відкладення судового засідання для складання нового обвинувального акта. Підставою для заявлення такого клопотання є встановлення нових фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа.

Однак слід пам'ятати, що зміна обвинувачення можлива лише у випадку, якщо обставини вчинення правопорушення інкриміновані обвинуваченому, тобто описані в первісному обвинувальному акті

Зі змісту ч. 1 ст. 338 КПК України вбачається, що прокурор має право змінити обвинувачення під час судового розгляду, але після дослідження дока-

зів, оскільки нові фактичні обставини кримінального правопорушення можуть бути встановлені лише шляхом дослідження доказів.

Отже, не можна змінювати обвинувачення під час підготовчого судового засідання та після постановлення судом ухвали про закінчення з'ясування обставин, встановлених під час кримінального провадження, у тому числі в судових дебатах.

Дійшовши до переконання, що обвинувачення потрібно змінити, прокурор повинен виконати наступні дії:

1) у разі необхідності заявити клопотання про відкладення судового засідання;
2) скласти та погодити з прокурором вищого рівня новий обвинувальний акт, в якому сформулювати змінене обвинувачення та викласти обґрунтування прийнятого рішення;

3) надати у судовому засіданні копії обвинувального акта обвинуваченому, його захиснику, потерпілому, його представнику та законним представникам, а також представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження;

4) заявити суду клопотання про долучення обвинувального акта до матеріалів кримінального провадження.

Слід пам'ятати, що суд не має права відмовити прокурору в задоволенні клопотання про відкладення судового засідання для складення і погодження з керівництвом нового обвинувального акта. Виняток становить випадок висунення додаткового обвинувачення та початку в суді провадження щодо юридичної особи, коли суд має право за наявності підстав відхилити клопотання прокурора про збільшення обсягу обвинувачення.

ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Павлишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка,

Питання доказового права і доказування завжди перебували в полі зору вчених з кримінального процесу. Одним із таких питань виступає питання формування доказової бази у кримінальному провадженні. Традиційно до прийняття Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 р. серед способів формування доказів виділяли збирання і подання доказів. Однак з набуттям чинності нового КПК з'явилися нові способи формування доказів у кримінальному процесі, котрі ще достатньо не розроблені і вимагають належного дослідження.

Так відповідно до ч. 2, 3 ст. 93 КПК України сторони кримінального провадження здійснюють збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок.

З аналізу цих положень випливає, що ще одним способом формування доказів є їх отримання, якому має передувати їх витребування (як один із способів збирання доказів) сторонами кримінального провадження від суб'єктів, котрі володіють відповідними предметами, документами, відомостями... Очевидно, що витребування таке може здійснюватися як в усній формі (шляхом пропозиції надати відповідні предмети, документи тощо) так і в письмовій (шляхом оформлення листа, прохання, вимоги, тощо).

Отримані в результаті витребування стороною обвинувачення докази мають бути належно процесуально закріплені, а саме: щонайменше оглянуті, по можливості сфотографовані і описані у протоколі огляду. Такий висновок можна зробити по аналогії із налізу ч. 2 ст. 100 КПК України, в якій зазначено, що речові докази, які отримані або вилучені слідчим, прокурором, оглядаються, фотографуються та докладно описуються в протоколі огляду. На практиці виноситься ще й постанова про приєднання отриманих доказів до матеріалів провадження, що, як видається, є цілком прийнятним з точки зору створення додаткових гарантій допустимості таких доказів.

Що стосується сторони захисту, то КПК не регулює оформлення отриманих нею доказів. У ч. 1 ст. 100 КПК лише зазначено, що речовий доказ, який був наданий стороні кримінального провадження або нею вилучений, повинен бути якнайшвидше повернутий володільцю. А ч. 2 цієї ж статті передбачає, що речовий доказ або документ, наданий добровільно або на підставі судового рішення, зберігається у сторони кримінального провадження, якій він наданий. Сторона кримінального провадження, якій наданий речовий доказ або документ, зобов'язана зберігати їх у стані, придатному для використання у кримінальному провадженні. Тому на практиці сторона захисту витребування доказів здійснює лише у письмовій формі, для того, щоб пізніше у суді підтвердити джерело та законність отримання відповідних доказів. При цьому потрібно наголосити, що з представників сторони захисту реально таке отримання, як правило, здійснює захисник, використовуючи можливості, надані йому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Так відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 20 цього закону адвокат має право звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб).

Однак, як випливає із аналізу чинного кримінального процесуального законодавства, це не єдиний спосіб отримання доказів у кримінальному провадженні.

Зокрема, КПК надає право підозрюваному (п. 8 ч. 2 ст. 42), обвинуваченому (п. 2 ч. 4 ст. 42), їх захисникам (ч. 4 ст. 46) та представникам (ч. 5 ст. 44), потерпілому (п. 3 ч. 1 ст. 56), цивільному позивачу (ч. 3 ст. 61), відповідачу (ч. 3 ст. 62) та їх представникам (ч. 3 ст. 63), представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється кримінальне провадження (п. 3 ч. 3 ст. 64¹) подавати докази слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду. Заявник про кримінальне правопорушення має право подавати на підтвердження своєї заяви речі і документи (ч. 2 ст. 60 КПК). Кім того, будь-які особи вправі добровільно подавати органам

досудового слідства і суду предмети, документи чи інші відомості, котрі можуть стати доказами у кримінальному провадженні.

Подання зазначеними суб'єктами відповідних предметів чи документів (доказів) вимагає від слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду, які їх отримали, процесуально закріпити отримані відомості. Здійснюється це, як правило, шляхом допиту осіб, які подали докази, про умови їх виявлення, вилучення тощо, огляду і фіксації у відповідних процесуальних документах (протоколі, журналі судового засідання). Цей спосіб отримання доказів, на відміну від першого, характеризується тим, що у ньому слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд не вживають активних дій, спрямованих на відшукування, виявлення, вилучення доказової інформації.

У зв'язку з цим потрібно зауважити, що у практичній діяльності можуть мати місце випадки, коли певні предмети чи документи подаються не органам, котрі ведуть процес, а, наприклад, захиснику чи потерпілому. За таких обставин останні мають право подати їх органам, котрі ведуть процес, які, своєю чергою, зобов'язані оформити їхнє отримання.

Таким чином чинний КПК України фактично виділяє два способи отримання доказів, які відмінні як за своєю природою так і процедурою. Перший з них є результатом витребування доказів відповідними суб'єктами кримінального процесу (активної діяльності, спрямованої на збирання доказів). Другий же є наслідком їх подання відповідним суб'єктам доказування іншими учасниками кримінального процесу без активної діяльності з боку суб'єктів доказування, спрямованої на формування доказів. Тому, як видається, говорячи про отримання доказів, потрібно зазначати, що таке отримання є власне способом саме формування доказів, а не їх збирання чи подання.

У контексті викладеного варто також зауважити, що в процесуальній літературі до прийняття нового КПК України 2012 р., деякими вченими термін отримання (одержання) доказів вживався і у ширшому значенні для позначення всіх можливих способів формування доказів, включаючи і їх збирання, подання та інші способи формування. Власне у такому значенні вживається цей термін у ч. 8 ст. 95 КПК, де зазначено, що сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право отримувати від учасників кримінального провадження та інших осіб за їх згодою пояснення, які не є джерелом доказів. Натомість у ч. 1 ст. 223 КПК термін «отримання доказів» вживається вже як синонім терміна «збирання доказів». Зокрема, у цій нормі вказується, що слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні.

Як видається, ототожнення термінів «збирання» і «отримання» доказів є не дуже доречним, оскільки не відповідає складній етимологічній природі терміна «отримання доказів». Як вже зазначалося вище, отримання доказів може бути як наслідком витребування доказів, яке є окремим способом збирання доказів (активної діяльності, спрямованої на формування доказів), так і наслідком їх подання, котре є пасивним способом формування доказів для органів, що ве-

дуть процес. Таким чином, для того, щоб повністю охопити природу і сутність отримання доказів у кримінальному процесі, потрібно виходити із того, що це комплексний спосіб формування доказів.

На основі викладеного можна сформулювати наступне визначення отримання доказів у кримінальному провадженні – це спосіб формування доказів, який є наслідком їх витребування сторонами кримінального провадження або подання доказів будь-якими учасниками кримінального провадження.

ВИДИ СТАНДАРТІВ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Слюсарчук Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Удосконалення процесуального забезпечення справедливості і права на захист під час кримінального провадження є одним із завдань, яке передбачене Стратегією реформування судової влади, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015 – 2020 роки, схваленої указом Президента України від 20 травня 2015 року [1]. Передбачається, що виконання відповідного завдання повинне здійснюватись шляхом формалізації стандартів доказування для більшої зрозумілості та передбачуваності процесуального законодавства і відповідної практики, яка є одним із засобів виконання відповідного завдання (п. 5.9).

Тому, для кращої формалізації стандартів доказування у кримінальному провадженні видається за необхідне виокремлення їхніх видів.

Певні спроби виокремлення видів стандартів доказування у кримінальному провадженні можемо віднайти в працях тих небагатьох українських та зарубіжних науковців, які досліджували цю теоретичну конструкцію.

Відтак, розглянемо запропоновані науковою спільнотою певні класифікації стандартів доказування у кримінальному провадженні.

Так, В. М. Іщенко здійснив класифікацію стандартів доказування за такими підставами:

1. За задачами кримінально-процесуального доказування (усунення соціального конфлікту, чи забезпечення невідворотності кримінального покарання за вчинений злочин): на стандарти приватно-позовних, приватно-публічних і публічно-позовних порядків.

2. За ступенем тяжкості вчиненого злочину: на стандарти спрощених, звичайних і спеціальних процедур провадження по кримінальній справі.

3. За способами формування доказів і критеріями їх допустимості: на стандарти відкритого та обмежено-відкритого доказування. Обмежено-відкрите доказування повинно допускатися у тих процедурах, коли розслідування злочину, поряд з іншими способами, відбувається шляхом проведення негласних слідчих дій.

4. За тягарем доказування та правилами оцінки доказів: на стандарти «усунення розумних сумнівів»; «доведеності винуватості особи у вчиненні злочину»; та «встановлення об'єктивної істини» [2, с. 305].

Позитивно оцінюючи намагання відповідного науковця запропонувати «авторське» виокремлення видів стандартів доказування, все ж варто зауважити, що відповідна класифікація не те, що не сприяє більш глибокому осмисленню правової природи та суті стандартів доказування, а навпаки, сприяє виникненню ще більшої кількості нез'ясованих питань та плутанини у спробі їх формалізації. З цього приводу варто погодитись із Б. П. Ратушною, яка зазначає: «...вказана класифікація не може бути підтримана, оскільки є невинуватою громіздкою та містить низку суперечливих підстав, що стосуються не стільки якості судового знання, скільки завдань судового (зокрема кримінального) процесу чи способу та порядку отримання доказів» [3, с. 287].

В. В. Вапнярчук виокремив **об'єктивні** стандарти доказування, які призначені країнам англосаксонської правової системи («поза розумним сумнівом», «баланс ймовірностей», «обґрунтована підозра» та ін.) та **суб'єктивний** стандарт доказування, який існує у країнах континентальної правової системи (стандарт – «за внутрішнім переконанням»). Як видається, такий науковий підхід є надзвичайно умовним. Оскільки усі стандарти доказування за своєю природою є суб'єктивними чи принаймні напів – об'єктивними (об'єктивно – суб'єктивними). Відповідні стандарти доказування створюють «ілюзію об'єктивності», оскільки будь – яке процесуальне рішення у кримінальному провадженні приймається ніким іншим – як людиною, і лише за її внутрішнім переконанням. В даному випадку, як видається, ми можемо говорити лише про максимальну «об'єктивізацію» результатів доказової діяльності суб'єктів кримінального провадження, на якій неодноразово наголошував інший відомий український науковець – М. Є. Шумило [5, с. 50 – 51].

Найбільш виправданим можна визнати науковий підхід щодо виокремлення видів стандартів доказування у кримінальному провадженні, запропонований К.Б. Калиновським. Науковець виокремлює **загальний** стандарт доказування для встановлення однорідних груп юридичних фактів і закріплений у законі та **окремі** стандарти доказування конкретних юридичних фактів, які вироблені у правозастосовній практиці (типовий набір доказових фактів, які доводять мету збуту наркотичної речовини, особливу жорстокість, осудність підсудного та ін.) [4, с. 245–249]. Крім цього, загальний стандарт доказування поділяється на: загальний стандарт «із **достовірністю**» та загальний стандарт «із **вірогідністю**». Відповідний науковий підхід підтримують М. Є. Шумило та Б. П. Ратушна [3, с. 287; 5, с. 51].

Однак, подальшого детального наукового осмислення відповідні види стандартів доказування отримали у наукових працях В.П. Гмирка, який цілком солідарний із позицією К.Б. Калиновського. Як вважає В.П. Гмирко, стандарт доказування «з достовірністю» для сторони обвинувачення означає для неї виконання нормативних вимог про те, що: 1) усі реально можливі версії в справі перевірено; правнорелевантні обставини кримінального провадження встановлено в суді на підставі достатньої сукупності доказів і доводів; 2) реально об-

грунтовані сумніви щодо доказаності окремих правнорелевантних обставин провадження усунено завдяки раціональному висновку про перевагу доказів і доводів обвинувачення над доказами та доводами сторони захисту [6, с. 176].

Безсумнівно варто погодитись із ще однією думкою В. П. Гмирка про те, що: «...дія стандарту «з достовірністю» поширюється передусім на сферу видавання процесуальних рішень про доказаність обвинувачення, а дія стандарту «з вірогідністю» поширюється вже на царину інших процесуальних рішень, де він може існувати в декількох модифікаціях залежно від специфіки конкретного рішення» (наприклад, у випадку затримання особи, прийняття рішення про проведення певних примусових слідчих дій чи у випадку прийняття рішення про обрання запобіжних заходів) [6, с. 176–177]. Також, на думку відповідного науковця, з врахуванням і у відповідності до засади *favor defensionis* (сприяння захисту) у кримінальному провадженні, для сторони захисту необхідно встановити **пільговий** стандарт доказування власних тверджень – стандарт доказування «з вірогідністю», щоб поставити під сумнів обґрунтованість обстоюваного в суді обвинувачення [7, с. 73].

Звертає на себе увагу спроба запровадити класифікацію стандартів доказування в залежності від ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення. Зокрема, за відповідним критерієм науковець Т. Райдер виокремив два стандарти доказування у кримінальному провадженні: **змінний** (який застосовується у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень невеликої та середньої тяжкості) та **фіксований** (який застосовується у кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень) [8, с. 73]. Однак, як видається, відповідний науковий підхід вказує не стільки на види стандартів доказування, скільки на існування певних **рівнів** в межах одного конкретно визначеного стандарту доказування, які обумовлюються ступенем суспільної небезпеки злочинних посягань та суворістю покарання, яке може бути призначено обвинуваченому за вчинене кримінальне правопорушення. Відповідний поділ стандартів доказування ще раз вказує на те, що «стандарту доказування» у кримінальному провадженні є не лише складною багатогранною категорією, але й **багаторівневою**.

З врахуванням визначення стандартів доказування як певного рівня переконання, наявність якого необхідна для ухвалення обвинувального вироку або прийняття іншого поточного чи підсумкового рішення не на користь обвинуваченого (підозрюваного) [9, с. 223] та з погляду на мету запровадження стандартів доказування у кримінальному провадженні, яка полягає у наданні максимального ступеня послідовності, узгодженості та логічності у процесі прийняття поточних та підсумкових процесуальних рішень під час кримінального провадження на шляху формування знання про обставини кримінального правопорушення від ймовірності до його вірогідності (достовірності) [10, с. 172], видається за можливе класифікувати стандарти доказування у кримінальному провадженні на види за такими критеріями:

1) За правовим характером рішення, яке необхідно прийняти:

- стандарти доказування, необхідні для прийняття підсумкових рішень у кримінальному провадженні (наприклад, поза розумним сумнівом);

- стандарти доказування, необхідні для прийняття поточних рішень у кримінальному провадженні (обґрунтована підозра, достатність підстав, достатність доказів, переконання за більшою вірогідністю, вагоме переконання та інші).

2) Залежно від стадії здійснення кримінального провадження та форми використання стандартів доказування (в умовах судового засідання чи ні):

- **«досудові»** стандарти доказування (застосовуються лише на стадії досудового розслідування кримінального провадження. Наприклад, при прийнятті рішення про відмову у визнанні потерпілим або повідомленні особі про підозру застосовуються такі стандарти доказування, як: достатність доказів та достатність підстав);

- **«судові»** стандарти доказування (застосовуються в судовому засіданні):

• **«змагальні»**, використовуються в умовах змагальності (наприклад, при розгляді клопотання про обрання запобіжного заходу – обґрунтована підозра; при ухваленні вироку у кримінальному провадженні – поза розумним сумнівом):

• **«прямі (пасивні)»**, застосовуються за відсутності сторони захисту (наприклад, при розгляді клопотання про дозвіл на проведення негласних (розшукових) слідчих дій – наявність достатніх підстав);

- **«змішані»** стандарти доказування (передбачається можливість використання як на досудовому розслідуванні, так і на стадії судового розгляду кримінального провадження).

3) За суб'єктом застосування:

- стандарти доказування, якими керується слідчий суддя, суд при прийнятті відповідного рішення;

- стандарти доказування, які необхідні для прийняття відповідного рішення слідчим, прокурором.

В останньому випадку, можемо говорити про існування так званих «квазі» – стандартів доказування, які не застосовуються в умовах змагальності. Відповідні стандарти «доказування» використовує виключно сторона обвинувачення у прийнятті власних рішень під час кримінального провадження (наприклад, прийняття рішення про виклик особи або повідомлення про підозру).

1. Указ Президента України «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки» від 20 травня 2015 року № 276/2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>

2. Іщенко В. М. Перспективи формування стандартів доказування у сучасному кримінальному процесі України / В. М. Іщенко // Форум права. – 2009. - № 3. – С. 302-307.

3. Ратушна Б. Стандарт доказування як критерій достовірності результату судового пізнання / Б. Ратушна // Право України. – 2012. - № 6. – С. 282-291.

4. Калиновский К.Б. Бремя доказывания в уголовном процессе: взаимосвязь стандарта доказанности с презумпциями и правовое взаимодействие участников правоотношений. // Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ: Материалы VII Международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 1-2 декабря 2006 г. / Под общ. Ред.

Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник: в 2 ч. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2006. – Ч. 1. – С. 245-249.

5. Шумило М. Імовірність і вірогідність знання у кримінальному провадженні як передумова потреби об'єктивізації результатів доказування / М. Шумило // Право України. – 2014. – № 10. – С. 44-52.

6. Мирко В.П. Стандарти доказаності: спроба прагматичного погляду / В.П. Мирко // Питання боротьби зі злочинністю. – 2012. – № 23. – С. 168-179.

7. Мирко В. П. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма. Теоретичний аналіз. Проблематизація. СМД-репрезентація: [монографія] /Текст/ Валерій Петрович Мирко. – Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2010. – 314 с.

8. Thomas Christopher Rider. What is the Most Useful Standard of Proof in Criminal Law? / Thomas Christopher Rider. – Pragmatism Tomorrow, 2013. – Issue 1: No. 9. – P. 1-10. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pragmatismtomorrow.org/downloads/Essay009-RiderTC.pdf>

9. Слюсарчук Х. Р. Стандарт доказування в кримінальному провадженні: яка його ідея? // Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – № 3. – С. 219 – 223. (Електронне фахове видання). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pap.in.ua/3_2015/65.pdf

10. Слюсарчук Х. Р. Мета запровадження стандартів доказування у кримінальному провадженні / XIV Міжнародна студентсько-аспірантська наукова конференція «Актуальні проблеми прав людини, держави та правової системи» 24 – 25 квітня 2015 р. Тези доповідей. – Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка. – 2015 р. – С. 169 – 172.

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Сопролюк О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У цьому дослідженні маємо за мету співставити наукові уявлення щодо сутнісних ознак та дефініцій кримінально-процесуальних категорій «кримінально-процесуальне порушення» та «зловживання правом» (у контексті діяльності суб'єктів кримінального провадження) для уточнення їх природи, встановлення їх зв'язку та відмежування їх юридичних складів.

Спираючись на праці А. І. Столмаков, Г. Н. Ветрової, Н. В. Ковалевської, З. Ф. Ковриги, С. А. Полуніна, В. Д. Чабанюка, а також результати власних досліджень [1], ми виходимо із того, що кримінально-процесуальне правопорушення – це порушення норм закону (процесуального і матеріального), вчинене у сфері кримінального судочинства його деліктоздатним учасником у формі винного невиконання або порушення своїх процесуальних обов'язків.

У основі пропонованого підходу лежать наші висновки щодо юридичного складу кримінально-процесуального правопорушення. Зокрема, загальним об'єктом кримінально-процесуального правопорушення можна назвати всю сукупність правовідносин, що виникають у кримінальному провадженні з метою забезпечення ефективного кримінального судочинства. Безпосереднім об'єктом процесуального правопорушення є те, на що посягає правопорушник в конкретному випадку. Це може бути невиконання процесуального обов'язку стороною чи іншими учасниками, порушення встановленого у КПК України порядку проведення слідчої дії чи судової процедури або порушення вимог, встановлених у процесуальних нормах-заборонах і адміністративно- чи кримінально-правових нормах, які підлягають реалізації у кримінальному процесі. З об'єктивної сторони обов'язковими елементами будь-якого правопорушення є: а) протиправне діяння (дія чи бездіяльність), тобто поведінка, яка суперечить нормам кримінально-процесуального закону; б) шкода для кримінально-процесуальних відносин або загроза її виникнення; в) причинно-наслідковий зв'язок між ними. Суб'єктами кримінально-процесуальних правопорушень можуть бути як деліктоздатні фізичні особи, так і державні органи, посадові особи, що здійснюють провадження в справі. Суб'єктивну сторону процесуальних правопорушень складає вина, що виражається в двох формах – умислі і необережності.

Розглянемо наступний предмет нашого дослідження – зловживання кримінально-процесуальними правами. О. І. Капліна висловила думку, що термін «зловживання правом» в його буквальному розумінні означає використання права «на зло» в тих випадках, коли уповноважений суб'єкт володіє суб'єктивним правом, діє в його межах, але завдає шкоди правам інших осіб або суспільству в цілому [2, с. 288]. На нашу думку, спірним у цьому висновку є акцент на ту обставину, що суб'єкт зловживання діє в межах суб'єктивного права. Адже у такому випадку можна говорити тільки про формальну «зовнішню» правомірність, змістовно ж право використовується всупереч його змісту і призначенню. Вразливість підходу О. І. Капліної, на нашу думку, певною мірою визнається нею самою. Адже автор вказала, що «соціальна небезпека зловживання процесуальними правами полягає в тому, що *зовні дії (або бездіяльність) ніби вчиняються в рамках правового поля* (курсив – О. С.), тоді як *насправді* заподіюється шкода правам та законним інтересам осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, чи інтересам правосуддя» [2, с. 295].

Тому більш слушною та обґрунтованою, на нашу думку, є позиція І. Д. Іванюк, яка розглядає зловживання правом як винне діяння, вчинене уповноваженим суб'єктом, яке виходить за межі здійснення належного йому суб'єктивного права, хоч зовні формально відповідає йому, внаслідок чого заподіюється шкода іншим уповноваженим суб'єктам [3].

Такий підхід ґрунтується на відповідному юридичному складі, до елементів якого автор віднесла наступні: 1) об'єктом виступають соціальні цінності, суспільні відносини; 2) об'єктивна сторона: діяння, ознаками якого є те, що ним прямо не порушуються норми законодавства, а порушуються межі здійснення права; наслідки у вигляді заподіяння шкоди особі або інтересам держави зага-

лом; причинний зв'язок між ними; 3) суб'єкт – уповноважений суб'єкт, наділений суб'єктивним правом; 4) суб'єктивна сторона (вина, факультативні ознаки суб'єктивної сторони – мотив, мета) [3]. Аналіз структури зловживання правами дає нам підстави погодитися із такою характеристикою.

Співставляючи науково обґрунтовані підходи до визначення поняття та юридичного складу кримінально-процесуальних порушень та зловживань правами у кримінальному провадженні, ми з'ясували, що вчені неоднозначно їх співвідносять. Зокрема, спочатку було висловлено позицію, що категорія зловживання правами завжди належить до правомірної поведінки, оскільки особа діє в межах правового статусу [4, с. 137]. Згодом широкого поширення набула думка, що зловживання правом слід розглядати як самостійний різновид правової поведінки поряд із правомірним діянням та правопорушенням [5, с. 418]. З цього приводу М. В. Ібрагімова висловила думку, що «зловживання правом є чимось середнім між правомірною поведінкою та правопорушенням: воно вже не відповідає першій поведінці, однак не набуло ознак другої. Враховуючи це, можна дійти висновку, що зовні воно є правомірним здійсненням особою права, а з іншого боку призводить до порушення балансу інтересів осіб» [6, с. 86].

З означеними підходами ми не можемо погодитися, вважаючи перший із них морально застарілим, адже законодавець у багатьох нормах КПК враховує можливість зловживання правами (наприклад, ч. 10 ст. 290, ч. 1 ст. 297, 308 КПК). Другий підхід, на нашу думку, недостатньо обґрунтований і розмиває грань між правовою та протиправною поведінкою, тож навряд чи виправданий. Крім того, А. А. Маліновський правильно зауважив, що при використанні цього підходу буде незрозуміло, як кваліфікувати ті зловживання правом, відповідальність за які передбачена законодавством. Оскільки одне діяння буде одночасно належати як до правопорушень, так і до самостійної категорії зловживання правом [8, с. 51–52].

Дискусійними є також підходи до визначення співвідношення кримінально-процесуального порушення та зловживання правами [10]. Зокрема, А. В. Юдін розглядає зловживання правами як окрему форму правопорушень [7, с. 8]. А. А. Маліновський їх повністю ототожнив [8, с. 17]. З приводу такого підходу О. І. Капліна висловила зауваження, що правопорушення – це протиправне, винне соціально шкідливе діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, яке тягне за собою юридично визначені для правопорушника негативні наслідки. Оскільки при зловживанні правом суб'єкт діє в рамках наданого йому суб'єктивного права, бракує основної юридичної ознаки правопорушення – протиправності [2, с. 289]. Аналізуючи наведені доводи, слід знову акцентувати на вже критично оціненому нами висновку О. І. Капліної про те, що при зловживанні особа діє виключно у межах суб'єктивного права. І, як і раніше, на наш погляд, автор непослідовна, адже додає, що «водночас заперечення протиправності при зловживанні правом не дає підстав і для позиціонування подібних дій як правомірних, оскільки правомірні дії є соціально корисними. Проблема полягає в тому, що при зловживанні правом суб'єкт... завжди спирається на надане йому законом суб'єктивне право й *на перший погляд, його дії формально не су-перечать* (курсив – О. С.) об'єктивному праву [2, с. 289].

Ми цілком підтримуємо протилежний висновок І. Д. Іванюк, що категорія зловживання правом має сталу юридичну природу, яка не може змінюватися лише тому, що у законодавстві на даний час не міститься прямої заборони на її вчинення. За своєю суттю це явище завжди спрямоване проти загального порядку та заподіює шкоду особі або інтересам держави загалом. Виходячи з цього, вважаємо, що зловживання правом за своєю юридичною природою є протиправною поведінкою, яка є негативною за своїм характером та наслідками й не повинна охоронятися державою. У разі відсутності можливості застосувати за зловживання відповідні санкції, така поведінка не може охоронятися законом і повинна бути об'єктом інших заходів впливу, в тому числі й моральних (моральний осуд).

Підводячи підсумки проведеного дослідження, можна зробити наступні висновки.

Кримінально-процесуальне правопорушення – це порушення норм закону (процесуального і матеріального), вчинене у сфері кримінального судочинства його деліктоздатним учасником у формі винного невиконання або порушення своїх процесуальних обов'язків.

Зловживання кримінально-процесуальним правом – це винне діяння, вчинене уповноваженим суб'єктом, яке виходить за межі здійснення належного йому кримінально-процесуального права, хоч зовні формально відповідає йому, внаслідок чого заподіюється шкода іншим уповноваженим суб'єктам.

Зловживання кримінально-процесуальним правом слід відмежувати від правомірної поведінки. Є підстави зловживання кримінально-процесуальним правом розглядати як особливий тип кримінально-процесуального порушення за об'єктивною стороною (зокрема, діянням) та суб'єктом (уповноваженою особою).

1. Сопронюк О. Кримінально-процесуальне правопорушення як підстава кримінально-процесуальної відповідальності / // Вісн. прокуратури. – 2015. – № 8. – С. 100–110.

2. Капліна О. Проблеми зловживання правом у кримінальному процесі / О. Капліна // Вісник Академії правових наук України. – 2010. – № 3 (62). – С. 286-295.

3. Іванюк І. Д. Юридична природа та ознаки поняття зловживання правом у кримінальному процесі: загальнотеоретичний аспект / І. Д. Іванюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://book.net/index.php?p=achapter&bid=21733&chapter=1>].

4. Муранов А. И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве: дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук / А. В. Муранов. – М., 1999. – 272 с.

5. Теория государства и права: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, Г. В. Игнатенко; под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. – М.: Норма-Инфра, 2000. – 595 с.

6. Ибрагимова М. В. Злоупотребление субъективным гражданским правом: понятие, сущность, виды и последствия: дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук / М. В. Ибрагимова. – Рязань, 2005. – 161 с.

7. Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.0015 / А. В. Юдин. – СПб., 2009. – 22 с.

8. Малиновский А. А. Злоупотребление правом / А. А. Малиновский. – М.: Юрлитинформ, 2007. – 352 с.

9. Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл./ за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2011. – 584 с.

10. Слід розрізняти перевищення меж суб'єктивного права, що проявляється у використанні права, яким суб'єкт не наділений, а, отже, у першому випадку вимоги особи позбавлені правового підґрунтя, що виявляється у формі правопорушення. При перевищенні меж здійснення права суб'єкт діє у межах права, однак для його реалізації використовує недозволені форми, тоді має місце зловживання правом. Прихильниками такої концепції були М. М. Агарков, В. П. Грібанов, С. М. Братусь, О. С. Іоффе [3].

ЗДІЙСНЕННЯ ПРОКУРОРОМ ПОВНОВАЖЕНЬ ПІД ЧАС УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Шаварин К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закріплення у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) особливого порядку кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості полягає у створенні нової ідеології кримінальної політики держави – протидія злочинності через компроміс, договір, у тому числі стимулювання осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, співпрацювати з правоохоронними органами.

Особливої уваги потребує ефективне здійснення прокурором повноважень щодо нагляду за додержанням законів у формі процесуального керівництва під час укладення угоди про визнання винуватості на стадії досудового розслідування, оскільки від цього безпосередньо залежить результат судового розгляду відповідної угоди.

Адже, як відомо, КПК України обмежено підстави оскарження вироків на підставі угод в апеляційному та касаційному порядку.

Окрім цього, існує ймовірність відмови суду в затвердженні угоди, що має негативним наслідком повернення кримінального провадження для продовження досудового розслідування у загальному порядку та неможливість повторного звернення з угодою в тому ж кримінальному провадженні.

Так, пункт 19 наказу Генерального прокурора України № 4гн від 19.12.2012 року «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» зобов'язує угоди про визнання винуватості попередньо узгоджувати з керівником органу прокуратури та відповідно копію угоди з його відміткою долучати до наглядового провадження.

Проте, статтею 17 Закону України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 року передбачено, що під час здійснення повноважень, пов'язаних з реалізацією

функцій прокуратури, прокурори є незалежними, самостійно приймають рішення про порядок здійснення таких повноважень, керуючись при цьому положеннями закону, а також зобов'язані виконувати лише вказівки прокурора вищого рівня адміністративного характеру, пов'язаних з організаційними питаннями діяльності прокурорів та органів прокуратури.

Отже, вищезазначене положення Наказу не приведено у відповідність із Законом та ігнорує принцип незалежності прокурора стосовно реалізації його повноважень під час здійснення процесуального керівництва.

Слід звернути увагу, що Законом України за № 198-VIII від 12.02.2015 року доповнено ч. 2 ст. 52 КПК України пунктом 9, відповідно до якого обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні у разі укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості - з моменту ініціювання укладення такої угоди.

Крім того, велике значення під час укладення вказаної угоди є забезпечення співвідношення суспільного інтересу та приватного інтересу підозрюваного. У цьому випадку інтерес держави (суспільства) щодо призначення належного покарання винному може підпорядковуватися зацікавленості у підвищенні ефективності досудового розслідування.

Проте, практика укладення таких угод засвідчує інше. Так, під час провадження узагальнення Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ у 2014 році встановлено, що більше половини угод про визнання винуватості укладається прокурорами лише з однією умовою для підозрюваного — беззастережно визнати свою провину в суді, і серед них переважну більшість становлять провадження за ст.309 КК України (незаконні дії із наркотичними засобами без мети збуту). При цьому завдання щодо викриття осіб, які збувають наркотичні засоби, повідомляння схеми злочинної діяльності не вирішується, оскільки такі умови в угодах відсутні. Передусім це стосується проваджень, в яких встановлено факт придбання наркотичних засобів у невстановленої особи.

Також уваги прокурорів потребує вирішення питання узгодження покарання, яке належить призначити підозрюваному. Під час вирішення зазначеного питання необхідно зважати на те, що при затвердженні угоди суд обов'язково, на підставі ст. 65 КК України, до якої у зв'язку з цим були внесені зміни, «призначає покарання, узгоджене сторонами». Умовою затвердження угоди є обов'язкове узгодження міри покарання в межах, встановлених санкцією статті, інкримінованої особі, чи її частини Особливої частини КК України за винятком випадку, передбаченого ч. 3 ст. 53 КК України та відповідно до положень Загальної частини КК України.

При цьому, можливе застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням відповідно до ч. 2 ст. 75 КК України зі змінами до цієї статті, внесеними Законом України від 13 квітня 2012 року за № 4652-VI. Відповідно до цих змін строк випробування визначається не сторонами угоди, а судом.

Виникає питання щодо можливості застосування ст. 69 КК України під час узгодження міри покарання, оскільки у вищевказаному Законі відповідних

змін до неї не внесено. У зв'язку з цим у практичних працівників виникають протилежні думки щодо можливості враховувати підстави, передбачені ст. 69 КК України, при узгодженні сторонами міри покарання.

Між тим, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у рекомендаціях, наданих апеляційним судам «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» від 15 листопада 2012 року зазначив, що за наявності обставин, які пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості скоєного злочину з урахуванням даних щодо винуватості особи, застосування ст. 69 КК України можливе, за винятком випадків, встановлених ч. 2 цієї статті.

Погоджуючись з такими рекомендаціями, прокурорам при укладенні угод про визнання винуватості необхідно розуміти, що наявність вказаних обставин є поняттям оціночним, і суд може не погодитись з такою оцінкою. У такому випадку він має право відмовити в затвердженні угоди, визнавши умови такими, що не відповідають інтересам суспільства.

Відомі випадки, коли в угодах про визнання винуватості передбачається обов'язок підозрюваних щодо сплати узгодженого сторонами штрафу впродовж визначеного строку, хоча термін сплати штрафу у цих випадках визначено кримінально-виконавчим законодавством незалежно від укладення угоди у кримінальному провадженні.

Крім того, досить поширеною є практика включення в угоди зобов'язань, які прямо суперечать вимогам закону. Наприклад, обов'язок повністю відшкодувати державі витрати на залучення експертів для проведення експертизи, який має бути виконано до встановленої в угоді дати.

У зв'язку із цим слід зазначити, що відповідно до ст. 124 КПК України в разі ухвалення обвинувального вироку суд стягує з обвинуваченого на користь держави документально підтверджені витрати на залучення експерта. Таким чином, відшкодування обвинуваченим даного виду процесуальних витрат забезпечено відповідним механізмом і не може бути предметом угоди.

З огляду на вищевикладене, прокурору у кримінальному провадженні необхідно дотримуватись вимог законодавства при підготовці проекту угоди про визнання винуватості з метою недопущення відмови суду у її затвердженні, а також постановлення незаконних вироків, можливість оскарження яких обмежена.

ЗМІСТ

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Барабаш Н

ДЕЯКІ АСПЕКТИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ
ПОНЯТТЯ КАТЕГОРІЇ ЗЕМЕЛЬ ПРОМИСЛОВОСТІ, ТРАНСПОРТУ,
ЗВ'ЯЗКУ, ЕНЕРГЕТИКИ, ОБОРОНИ ТА ІНШОГО ПРИЗНАЧЕННЯ..... 3

Бурак В.

ПРОЖИТКОВИЙ МІНІМУМ –
БАЗОВИЙ ДЕРЖАВНИЙ СОЦІАЛЬНИЙ СТАНДАРТ 6

Бутинська Р.

УЧАСТЬ ПРОФСПЛОК
У ВИРІШЕННІ КОЛЕКТИВНИХ ТРУДОВИХ СПОРІВ. 8

Ващишин М.

СИСТЕМНІ ЗВ'ЯЗКИ У НАЦІОНАЛЬНІЙ ЕКОМЕРЕЖІ УКРАЇНИ 9

Лециух Д.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ З ПИТАНЬ ПРАЦІ 13

Мак Л.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА 16

Малишевська З.

НЕНОРМОВАНИЙ РОБОЧИЙ ДЕНЬ І НАДУРОЧНІ РОБОТИ:
ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНІ НАСЛІДКИ ВСТАНОВЛЕННЯ 20

Парпан Т.

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕРМІНУ
«ПРАЦІВНИКИ» У ТРУДОВОМУ ПРАВІ 22

Пилипенко П.

ЩЕ РАЗ ДО ПИТАННЯ
ПРО ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ ТРУДОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ 24

Радь О.

КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ НОРМАТИВНИХ АКТІВ
СУДОВОЇ ВЛАДИ – ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ 26

Раневич О.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА КОНСТИТУЦІЙНИХ ПОЛОЖЕНЬ,
ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ОСНОВИ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН
СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УКРАЇНИ 29

Стасів О.

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ ДОКУМЕНТІВ ПО РОБОТІ ІЗ ПЕРСОНАЛОМ. 32

Федорович В.

ПРАВА ВЛАСНИКІВ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК НА НАДРА 34

Фурик І. ЗНАЧЕННЯ КОЛЕКТИВНОГО ДОГОВОРУ У РЕГУЛЮВАННІ ОПЛАТИ ПРАЦІ.....	36
Чопко Х. ПОБУТОВІ ВІДХОДИ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....	40
Швець Д. ЩОДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПРИЯННЯ ЗАЙНЯТОСТІ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ.....	41
Шпарик Н. ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ДЖЕРЕЛО ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....	43

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

Березовська І. ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ ЯК ОДНА З ПЕРЕДУМОВ РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ ТА ЇЇ ІНТЕГРАЦІЇ В СВІТОВИЙ ІНФОРМАЦІЙНИЙ ПРОСТІР	47
Джох Р. РОЗПОДІЛ ПРИБУТКУ ЗА ФОРМУЛОЮ ЯК АЛЬТЕРНАТИВА ПРИНЦИПУ ВИТЯГНУТОЇ РУКИ.....	50
Гльницький О. ЗАЛЕЖНІСТЬ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ОСОБИ ВІД ФІНАНСОВИХ МОЖЛИВОСТЕЙ ДЕРЖАВИ	53
Кім Х. СПРАВИ З ПРИВОДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЮСТИЦІЇ ЯК ПРЕДМЕТ РОЗГЛЯДУ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ	57
Кобилецький М. СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ В КРАЇНАХ СУЧАСНОЇ ЄВРОПИ.....	60
Кобрин В. ОПТИМІЗАЦІЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРА УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ	63
Мостовий А. ПРАВОВИЙ СТАТУС УПОВНОВАЖЕНОГО ЕКОНОМІЧНОГО ОПЕРАТОРА В УКРАЇНІ	66
Решота В. ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕНЬ В ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЯХ АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВ ЗА ЗВЕРНЕННЯМ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ	68

Терещук О.

ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ
«СУБ'ЄКТ ДЕЛЕГУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ»..... 70

Труш М.

ВИМОГИ, ЩО ПРЕД'ЯВЛЯЮТЬСЯ
ДО ЗМІСТУ СУДОВОГО РІШЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ..... 73

Хлібороб Н.

ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ
ЯК СПОСІБ ПІДВИЩЕННЯ ЯКОСТІ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ 75

Школик А.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ
В КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ 78

Янюк Н.

ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ ПРАВА ЗАПИТУ НА ІНФОРМАЦІЮ
ТА ПРАВА НА ЗВЕРНЕННЯ ГРОМАДЯН 81

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛГІЇ

Антонюк Н.

НЕПРАВОМІРНА ВИГОДА:
ПРЕДМЕТ ЧИ ЗАСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ? 87

Брух Х.

МОМЕНТ ЗАКІНЧЕННЯ ЗЛОЧИНІВ,
ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 154 «ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ
В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК» КК УКРАЇНИ 89

Бурдін В.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ
КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ 93

Василяш В.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРИЗНАЧЕННЯ ДОДАТКОВИХ ПОКАРАНЬ 98

Гриниха І.

ПОНЯТТЯ ВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ
ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 103

Гринишин О.

ЩОДО МОЖЛИВОСТІ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ СВОБОДИ ДОГОВОРУ 107

Денькович О.

ПРЕДМЕТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 145 КК УКРАЇНИ
«НЕЗАКОННЕ РОЗГОЛОШЕННЯ ЛІКАРСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ» 109

Кондра М.

ОБОВ'ЯЗОК НЕСТИ КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....	111
--	-----

Кричківський О.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖ ПОКАРАННЯ ЗА ГОТУВАННЯ ДО ЗЛОЧИНУ	115
--	-----

Кучевська С.

УХИЛЕННЯ ВІД ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА ЧИ СУДУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗУПИНЕННЯ ПЕРЕБІГУ СТРОКІВ ДАВНОСТІ ПРИТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	119
--	-----

Марін О.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПЕРЕШКОДИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ	122
--	-----

Маркін В.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА КВАЛІФІКАЦІЯ ПОСТАНОВЛЕННЯ СУДДЕЮ ЗАВІДОМО НЕПРАВОСУДНОГО СУДОВОГО АКТУ ПРО ЗАТРИМАННЯ, ПРИВІД, ДОМАШНІЙ АРЕШТ АБО ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ.....	125
--	-----

Піддубна М.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ВОЄННОГО ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....	128
---	-----

Палюх Л.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ ЗА ПРАВОМ КРАЇН РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ.....	130
---	-----

Панчак О.

ПІДСТАВИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСОВИХ ЗАХОДІВ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ	134
---	-----

Сень І.

СПЕЦІАЛЬНІ НОРМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ.....	138
---	-----

Сибаль О.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЗГОДИ ОСОБИ ПРИ ПОСЯГАННІ НА СТАТЕВУ СВОБОДУ ТА НЕДОТОРКАНІСТЬ	142
--	-----

Старосольська С.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОДОВОГО ОБ'ЄКТУ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОЛЯГАЮТЬ В УХИЛЕННІ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАНЬ, НЕ ПОВ'ЯЗАНИХ З ІЗОЛЯЦІЄЮ ОСОБИ.....	145
--	-----

Сюсюкало З.

ЗАКОНОДАВЧЕ ВИЗНАЧЕННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ	149
--	-----

Федик Н.

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ТА РОЗВИТОК УЯВЛЕНЬ ПРО КОРУПЦІЮ	154
---	-----

Хилюк С.

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОХОРОНА ЖИТТЯ В УКРАЇНІ В СВІТЛІ СТАНДАРТІВ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД.....	158
--	-----

Яворська Х.

ПОНЯТТЯ ТЛУМАЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ	162
---	-----

Яциніна М.-М.

РОЗУМІННЯ ОБ'ЄКТУ ЗЛОЧИНУ З ВТРУЧАННЯМ У ПРАВО ВЛАДОЮ, СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ АБО ПОВНОВАЖЕННЯМИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ.....	166
---	-----

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Басва Н.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА.....	170
---	-----

Багрій М.

СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЗА НЕГЛАСНИМИ СЛІДЧИМИ (РОЗШУКОВИМИ) ДІЯМИ НЕ ПОВ'ЯЗАНИМИ З ВТРУЧАННЯМ У ПРИВАТНЕ СПІЛКУВАННЯ	172
--	-----

Бобечко Н.

РІШЕННЯ СУДУ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ ЗА НАСЛІДКАМИ ПЕРЕВІРКИ ВИРОКУ, ЯКИМ ЗАТВЕРДЖЕНА УГОДА ПРО ПРИМИРЕННЯ АБО ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ	174
---	-----

Вітрук О.

ПРОБЛЕМИ ПИТАННЯ ПІДСТАВ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ПРОКУРОРОМ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	178
--	-----

Войнарович А.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ, ОГЛЯДУ ЖИТЛА ТА ІНШОГО ВОЛОДІННЯ АДВОКАТА	179
---	-----

Волоско І.

УСУНЕННЯ ПРИСЯЖНОГО ВІД УЧАСТІ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	182
---	-----

Гузела М. МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ РОЗУМНОСТІ СТРОКІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	184
Дзіндра М. ДЕОНТОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ СУДДІВСЬКОГО УГЛЯДУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	187
Єзерський Р. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО СУДДІ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....	190
Жолнович І. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ПСИХОЛОГІЧНИХ ЗНАТЬ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ.....	194
Іваницький Я. ПРО ПОНЯТТЯ ТАКТИКИ ЗАХИСТУ В КРИМІНАЛІСТИЧНІЙ НАУЦІ.....	196
Калужна О. СПІВВІДНОШЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ Й УЧАСТІ СПЕЦІАЛІСТА У СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....	200
Козутич І. НОВАЦІЇ КРИМІНАЛІСТИКИ ПІД ВПЛИВОМ КПК УКРАЇНИ.....	207
Крикливець Д. АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД УХВАЛ СЛІДЧОГО СУДДІ: ОКРЕМІ ОСОБЛИВОСТІ.....	211
Павич Х. ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ПІДГОТОВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ.....	214
Лизак Я. ЗДІЙСНЕННЯ ПРОКУРОРОМ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА НА ЗАВЕРШАЛЬНОМУ ЕТАПІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ.....	216
Луцик В. ПОВНОВАЖЕННЯ ПРОКУРОРА В ХОДІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА КПК ІТАЛІЇ.....	218
Малюга В. СТРУКТУРА ВЗАЄМОДІЇ СЛІДЧОГО З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ ТА ІНШИМИ СУБ'ЄКТАМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ЯК ОДНОГО З ЕЛЕМЕНТІВ ВИДОВОЇ (ГРУПОВОЇ) МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ.....	220
Мурадов В. ДОСЛІДЖЕННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКУМЕНТІВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ.....	224

Ніколайчук Г.

ЗМІНА ПРОКУРОРОМ ОБВИНУВАЧЕННЯ В СУДІ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ.....	228
---	-----

Павлишин А.

ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	230
---	-----

Слюсарчук Х.

ВИДИ СТАНДАРТІВ ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	233
--	-----

Сопролюк О.

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПОРУШЕННЯ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ	237
--	-----

Шаварин К.

ЗДІЙСНЕННЯ ПРОКУРОРОМ ПОВНОВАЖЕНЬ ПІД ЧАС УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ.....	241
--	-----

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ

Матеріали ХХІІ звітної
науково-практичної конференції

Частина 2

(4–5 лютого 2016 р.)

Ум. друк. арк. – 14,65. Тираж – 100 прим.

Надруковано малим видавничим центром юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
79000, м. Львів, вул. Січових Стрільців, 14.

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXII звітної науково-практичної конференції (4–5 лютого 2016 р.): у 2 ч. Ч. 2. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2016. – 252 с.

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2016