ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
імені ІВАНА ФРАНКА

ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XVII регіональної
науково-практичної конференції

(3-4 лютого 2011 р.)

Львів 2011

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XVII регіональну науково-практичну конференцію "Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні", яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 3-4 лютого 2011 року. Тези доповідей і повідомлень подані в авторському варіанті.

Редакційна колегія:

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

Наукове редагування:

– доц. В.М. Бурдін

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні:
Матеріали XVII регіональної науково-практичної конференції.
3-4 лютого 2011 р. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2011. – 392 с.

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ МОЛОДІ: СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ У НАУКОВІЙ ЛІТЕРАТУРІ

Бачинський Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процес формування правової культури має давнє історичне коріння. Одночасно з виникненням держави та перших правових норм виникає й намагання людини усвідомити своє місце й роль в правовій системі. Спочатку правові погляди так чи інакше були пов'язані з міфологією, з богами. Вагомий внесок у формування правової культури та традицій людства зробили Сократ, Платон та Арістотель - мислителі афінської демократії. Особливим періодом в історії розвитку правової культури є Середньовіччя. Звертання до душі, до Бога, презирство до земних благ означали пошук вічних цінностей, що складають основу духовного початку в людині. Вираженням цих пошуків стало християнство. З розвитком суспільства проблема взаємовідношення моралі та права набувала все більшого розвитку. У той же час, перехід від патерналістського бачення дитини як об’єкта батьківських прав та обов’язків до сучасного сприйняття дитини як повноцінного, хоча й особливого суб’єкта права відбувається лише у XX столітті. Відповідно, і проблеми формування правової культури специфічно дитини, а не узагальнено людини, не так давно стали предметом наукових досліджень.

Особливого значення проблема правового виховання молоді, формування її правової культури набуває в сучасних умовах розвитку України, коли здійснюється визначення та закріплення на законодавчому рівні принципу гуманізму, відбувається переорієнтація правової освіти на розвиток особистості, утверджується пріоритет загальнолюдських цінностей.

Проблематика, яка пов'язана з вихованням правової культури у молоді, привертає до себе увагу як юристів, так і психологів, педагогів, філософів. В наукових працях педагогів та психологів особливе значення зосереджено на гуманістичному, ціннісному підходу до формування в учнів правової культури, що передбачає поєднання правових знань та правової поведінки (М.В. Костицький, В.Г. Кремень, Н.Г. Ничкало, Д.М. Бойко), а також підкреслюється необхідність розробки методичних посібників для вчителів з правознавства (О.Д. Наровлянський, І.Б. Усенко).

Зокрема, Д.М. Бойко у своїх опрацьовуваннях з психології спробував розробити концептуально психолого-педагогічну модель, закономірні умови формування правової культури учнівської молоді у загальноосвітніх навчальних закладах та виділити основні фактори, що впливають на розвиток правової культури особистості учня в межах загальноосвітньої школи. В результаті проведених автором досліджень, до психологічних умов формуючого експерименту, які впливають на розвиток правової культури учнівської молоді, можна віднести позитивні цілеспрямовані психолого-педагогічні впливи і негативні впливи оточення. Також науковцем була розроблена концептуальна модель цілеспрямованого впливу на розвиток правової культури учнівської молоді, визначено й обґрунтовано психологічний склад правової культури старшокласників, до якого входять такі взаємопов’язані компоненти як ціннісно-мотиваційний, когнітивно-інформаційний, поведінково-регулятивний.

Психологами та педагогами, які досліджували правову культуру та правосвідомість неповнолітніх також наголошується на необхідності створення психологічних умов формування правосвідомості учнів, необхідності використання інноваційних педагогічних технологій (В.М.Оржеховська, Н.О.Ткачова, Л.В. Твердохліб). Більшість досліджень у сфері педагогіки спираються не лише на теоретичних, а й на емпіричних й експериментальних дослідженнях.

Л.В. Твердохліб у своїх наукових працях (рукопис канд. дис. «Формування правової культури старшокласників у навчальних закладах нового типу», науково-методичний посібник «Педагогічна система навчально-виховного закладу нового типу: досвід управління роз-

© Бачинський Т., 2011

витком Луганського обласного правового ліцею типу» та ін.) характеризує сутнісні й структурні характеристики правової культури, компонентний склад моделі випускника навчального закладу нового типу з високим рівнем правової культури. Автором визначено й апробовано систему критеріально-оцінювального забезпечення процесу формування правової культури старшокласників у навчальному закладі нового типу, виявлено й обґрунтовано сукупність психолого-педагогічних умов, що оптимізують процес формування правової культури старшокласників у досліджуваних навчальних закладах. Під закладами нового типу науковець розуміє коледжі, ліцеї тощо. Але не завжди зрозуміло та обґрунтовано, чому предметом дослідження стали випускники саме специфічних навчальних закладів, а не загальноосвітніх. Хоча, можливо, саме завдяки особливому предмету дослідження, відбулося оригінальне відкриття і доведення того, що морально-естетичні переживання правових знань, правоповедінки найбільш ефективно виникають під впливом мистецтва, через естетичне сприйняття художнього образу і оцінне ставлення до нього.

Н.О. Ткачова у своїй монографії «Педагогічні основи формування правосвідомості учнів у закладах професійно-технічної освіти» та інших наукових працях здійснювала дослідження специфіки змісту правової освіти у професійно-технічних навчальних закладах. В результаті, було розроблено й теоретично обґрунтовано ціннісно-діяльнісну модель, яка дозволяє охопити всі спрямування правовиховного впливу педагогічного процесу щодо формування правосвідомості особистості - від навчання і виховання до самовдосконалення і саморегуляції поведінки.

Можна стверджувати, що Н.О. Ткачова сформувала новий напрям педагогіки - гуманістичну правову педагогіку, головне завдання якої формування гуманістичної правосвідомості, гуманістичного правового мислення.

Аналіз феномену правової культури здійснений у роботах таких учених-філософів та філософів права як: О.Г. Данільян, В.А. Бачинін, І.Г. Митюнова, В.С. Нерсесянц, О.П. Дзьобань, М.І. Панов, В.Я. Тацій, П.М. Рабінович, А.В.Скуратівський, В.М. Цвіркун.

У публікаціях В.М. Цвіркуна, які у своїй більшості стосуються формування світоглядної культури молоді визначено, що співвідношення та взаємозв'язок світоглядної свідомості та установки в процесі соціалізації та становлення підліткової особистості полягає у регулювальному впливі установок на світоглядну свідомість. Автор визначає основні закономірності формування світоглядної культури,«системи координат» дитини.

У монографії «Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні» колективом авторів (Герасіна Л.М., Данильян О.Г., Дзбобань О.П. та ін.) здійснено всебічне дослідження правової культури та правосвідомості в державознавчому, філософсько-правовому та соціологічному аспектах.

А.В. Скуратівський у своїх працях проводить вивчення теоретико-методологічних засад сутності правової культури, зокрема взаємозв’язку права і культури, аналіз змісту правової культури у філософсько-антропологічному, аксіологічному вимірі, особливостей регулятивного потенціалу правової культури, передусім права та правової свідомості як її складових. Науковець висвітлює генезу та особливості формування правової культури в українському суспільстві, її взаємозв’язок з особливостями розвитку національного буття та менталітету українців.

Як бачимо, все ж таки більшість праць вітчизняних науковців присвячені вивченню феномену правової культури загалом. Хоча серед них є і такі, що вивчали безпосередньо особливості та аспекти правової культури студентської молоді: О.С. Дьоміна, Є.І. Федик, Б.О. Чупринський, Н.Ю. Коваленко.

О. С. Дьоміною захищена дисертаційна робота на тему “Формування правової культури студентської молоді в умовах сучасного українського суспільства”, в якій визначені: теоретико-методологічні та концептуальні засади правової культури; структура та функції правової культури студентства; поняття, роль і особливості соціалізації особи, а також поняття правової соціалізації як засобу формування правової культури студентства; роль правового виховання у формуванні правової культури студентської молоді, визначаючи сутність, функції, механізм правовиховного процесу.

Схоже дослідження проведене Н.Ю. Коваленко, яка у своїй науковій праці (рукопис канд. дис. «Формування правосвідомості і правової культури студентів України») крім окреслення аспектів правової культури студентів, ставила за мету розкриття поняття та особливостей правосвідомості студентської молоді на підставі емпіричних даних.

Проблема формування правової культури шкільної молоді донині залишається недостатньо розробленою. Оскільки, правосвідомість навіть таких вікових підгруп молоді, як студенти та шкільна молодь відрізняються. Багато аспектів все ще вимагають більш поглибленого і детального вивчення, систематизації та узагальнення. Особливої уваги вимагають закономірності формування правової культури на світоглядному рівні, в результаті вивчення яких можуть бути запропоновані ефективні способи підвищення рівня правової культури серед шкільної молоді.

Вивчення правової культури шкільної молоді з точки зору філософії ще не було предметом монографічних досліджень у правознавстві.

ВПЛИВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ НА ФОРМУВАННЯ НОВІТНІХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ

Венецька О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Рада Європи (далі – РЄ) є найважливішою інституцією захисту прав людини у Європі. Вона тісно співпрацює з Європейським Союзом (далі – ЄС), який вимагає, щоб його члени дотримувались стандартів демократії та захисту прав людини РЄ. На РЄ також покладено завдання спрямовувати свою роботу не лише на захист вже визнаних прав і свобод, але і на удосконалення такого захисту і розповсюдження його на інші права. РЄ були широко використані такі методи, як розробка і прийняття конвенцій і рекомендацій, розповсюдження інформації з прав людини, підтримка досліджень цієї тематики та ін.

Основним документом із захисту прав людини у Європі є ЄКПЛ. Вона є базовим, але не єдиним актом, що встановлює європейські стандарти прав людини. Існує ще низка важливих документів, які стосуються цього питання.

Європейська Соціальна Хартія (прийнята 1961 р. та переглянута 1996 р.) закріплює широкий перелік соціальних прав.

Декларація щодо рівності жінок і чоловіків 1988 р. постановила, що дискримінація на основі статі у будь-якій сфері створює перешкоди для визнання, задоволення та реалізації прав людини і основоположних свобод.

Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів 1997 р. встановила, що ставлення до трудящих-мігрантів має бути не гіршим за ставлення до громадян держав-учасниць конвенції.

Європейська культурна конвенція 1954 р. підтвердила "спільну культурну спадщину" континенту та пов'язану потребу міжкультурного навчання.

Європейська конвенція про транскордонне телебачення 1989 р. наголосила на важливості мовлення для розвитку культури та свободи формування поглядів.

Рамкова Конвенція Ради Європи про значення культурної спадщини для суспільства 2005 р. визначила важливість впливу культурної спадщини на довіру і взаєморозуміння.

Темою Європейської Хартії регіональних мов або мов меншин 1992 р. та Рамкової конвенції про захист національних меншин 1995 р. стало пропагування та захист багатоманітності в дусі толерантності.

Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними громадами або владами 1980 р., Конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні 1992 р. стосуються питання участі у громадському житті на місцевому рівні.

Стандарти РЄ також можуть закріплюватись і у її документах, які не є договорами. Так, наприклад, Рекомендація 1201 (1993) Парламентської Асамблеї РЄ, документ, який став частиною "умов для вступу" до РЄ для деяких країн. Ще одним джерелом формування європейських стандартів прав людини можна назвати міжнародні договори між групами держав Європи, які мають вплив на юридично зобов'язуючі стандарти, що застосовуються у дежавах.

Необхідно відзначити і важливість практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) для розвитку європейських стандартів прав людини. Він безпосередньо не має правотворчої функції, але згідно ст. 32 ЄКПЛ юрисдикція Суду поширюється на всі питання її тлумачення і застосування. Таким чином, ЄСПЛ, не маючи правотворчої функції, впливає на європейські стандарти прав людини, здійснюючи їх тлумачення і застосування.

З прийняттям Хартії основоположних прав ЄС, розвитком Судом Справедливості Європейських Співтовариств практики у сфері захисту прав людини та приділенням ЄС значної уваги до дотримання прав людини у третіх країнах, ЄС починає здійснювати серйозний вплив на формування новітніх європейських стандартів прав людини, що викликає дискусії стосовно порушення їх єдності.

© Венецька О., 2011

Проголошення у 2000 р. Хартії основоположних прав ЄС (далі – Хартія ЄС) стало визначальним кроком у розвитку захисту прав людини. Вона є найновішим європейським документом у сфері захисту прав людини, який формує новий їх каталог та пропонує їх класифікацію, використовуючи для цього не традиційний поділ прав на громадянські, політичні, економічні та культурні, а соціальні цінності та моральні поняття. Вона містить досить широкий перелік прав, більшість з яких вже знайшли своє відображення у міжнародних актах із захисту прав людини.

У низці статей Хартії ЄС права людини сформульовані (як за змістом, так у деяких випадках і за текстом) ідентично відповідним нормам ЄКПЛ та Протоколів до неї. Це такі права: право на життя (ст. 2 Хартії); заборона катувань та нелюдського, такого, що принижує гідність, поводження чи покарання (ст. 4); заборона рабської і примусової праці (ч. 1 ст. 5); право на свободу (ст. 6); право на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 7); свобода думки, совісті і релігії (ч. 1 ст. 10.); свобода висловлювання та інформації (ст. 11); право власності (ст. 17); презумпція невинуватості та право на захист (ст. 48); принцип відповідності покарання скоєному злочинові (ч. 1 ст. 49).

У Хартії ЄС закріплено й такі права та свободи, яких немає у ЄКПЛ. Зокрема: право на цілісність особистості; свобода мистецтва і науки; свобода підприємництва; права дитини; інтеграція неповносправних у суспільне життя; низка специфічних прав робітників; право на медичне забезпечення; захист прав споживачів; специфічні права громадян ЄС. Таким чином, перелік прав, які містяться у Хартії ЄС є ширшим за той, що закріплює ЄКПЛ. Це обумовлено досягнутим на початку XXI ст. рівнем розвитку суспільства та специфікою самого ЄС.

Таким чином, можна говорити про те, що ЄС починає формувати свої власні стандарти прав людини.

Майбутнє приєднання ЄС до ЄКПЛ, передбачене Лісабонським договором, і можливість якого тепер закріплена у ЄКПЛ, покликане допомогти уникнути потенційних конфліктів у сфері захисту прав людини між РЄ та ЄС. Оскільки ЄКПЛ є мінімальним стандартом і не обмежує держав-учасниць у розвитку більш високих стандартів прав людини, Хартію ЄС можна буде розглядати як "внутрішній" інструмент захисту прав людини у ЄС.

ЗАКОНИ В КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПОДІБНІ ТА ВІДМІННІ ОЗНАКИ

Гайова О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних умовах основним способом встановлення правового рішення по справі у правових системах континентального права є використання законодавчих приписів. Використання закону як основного джерела права пов'язано також з необхідністю забезпечення загальносуспільних інтересів.

Аналіз проблем створення та функціонування законів у правових системах континентального права здійснюється у працях Ж.-Л. Бержеля, М. Марченка, Ю. Тіхомірова, В. Чіркіна, А. Саїдова та ін. Проте, малодослідженими залишаються ці питання з позицій порівняльного правознавства, особливо у частині виокремлення подібних та відмінних ознак.

Загальним положенням для всіх правових систем даного типу є те, що закони приймаються органом законодавчої влади або народом, регулюють найважливіші суспільні відносини, приймаються в особливому порядку, мають вищу юридичну силу.

Основною ідентифікаційною ознакою для всіх правових систем континентального права є наявність конституції (основного закону), лише у Австрії ці функції виконує Федеральний конституційний закон.

Так, ст.4 Конституції Албанії передбачає, що найвищий закон у Республіці Албанії – Конституція. В той же час Конституція Болгарії передбачає, що конституція – вищий закон, інші закони не можуть їй суперечити. Щоправда, у Австрії функції конституції виконує Федеральний Конституційний закон та конституційні закони, що його доповнюють. А ст.44 Федерального Конституційного закону передбачає, що «конституційні положення» можуть міститися і у звичайних законах, які приймаються Національною Радою.

Аналіз конституцій свідчить, що значна їх кількість приймалася до 90-х років XX ст. і потребує змін у контексті євроінтеграційних процесів. Але спільним є те, що всі конституції визначають правові засади організації державної влади на основі принципу розподілу влади. Наприклад, у Конституції Франції: розділ II містить положення щодо діяльності Президента Республіки; розділ III – Уряду; розділ IV – Парламенту; розділ VII – Конституційної Ради; розділ VIII – судової влади. У Конституції Іспанії: розділ III містить положення про Генеральні Кортеси; розділ IV – про уряд та управління державою; розділ VI – про судову владу; розділ IX – про Конституційний Суд. У Конституції Польщі розділ IV місить положення про Сейм та Сенат; розділ V – про Президента Польської Республіки; розділ VI – про Раду Міністрів та урядову адміністрацію; розділ VIII – про суди та трибунали.

Спільним для конституцій у правових системах континентального права є те, що всі вони містять окремі розділи чи статті про основні права та свободи людини і громадянина. Так, у Конституції Бельгії це частина II «Про бельгійців та їх права»; у Конституції Італії – «Основні принципи», частина 1 «Права та обов'язки громадян»; у Конституції Іспанії – розділ I «Про основні права та обов'язки»; у Конституції Португалії – «Основні принципи» частина 1 «Основні права та обов'язки»; у Конституції Польщі – розділ II «Свободи, права і обов'язки людини та громадянина». У Франції Декларація прав людини та громадянина 1789р. є складовою частиною Конституції.

Водночас, ці та інші конституції правових систем континентального права є структурно відмінними, містять особливі для національної системи положення у межах загальної моделі організації державної влади.

У текстах деяких конституцій фіксуються положення про взаємодію із міжнародними організаціями, зокрема, Європейським Союзом. Наприклад, Конституція Франції містить розділ XV «Про Європейські Співтовариства та Європейський Союз». Хоча ці положення у світлі Лісабонської угоди вже потребують певних змін та уточнень.

© Гайова О., 2011

Поряд з цим, у низці цих систем приймаються і конституційні закони (наприклад, ФРН, Румунія, Молдова, Португалія). В деяких країнах конституційні закони трактують дещо ширше, ніж ті, що вносять зміни і доповнення до конституції (Австрія, Нідерланди, Чехія). Ще більш широке їх трактування практикується у Франції. Органічні закони, які займають місце між конституційними та звичайними законами є характерними для Франції, Румунії, Іспанії, Португалії, Молдови, Угорщини, РФ. Так, ст.34 Конституції Франції вказує, що закони, які визначають прибутки та видатки держави є органічними.

Звичайні закони притаманні всім правовим системам континентального права і приймаються вони з питань про судоустрій, конкуренцію, страхування, охорону навколишнього середовища, банкрутство, цінні папери, свободу асоціації тощо.

Аналіз цих законів свідчить про суттєві відмінності у сферах регулювання відносин звичайними законами, хоча в цілому це ідентичні у всіх державах публічно-правові та приватно-правові відносини, які регулюються різними способами і засобами, традиційно властивими для національної правової системи.

Для федеративних держав сталим є дворівневий характер правового регулювання. Наприклад, у Австрії діють федеральні закони та закони земель. У деяких правових системах континентального права приймаються і специфічні закони, наприклад, ст.34 Конституції Франції передбачає можливість прийняття фінансових законів. В деяких конституціях передбачено право делегування законодавчих повноважень. Так, ст.76-77 Конституції Італії передбачає можливість прийняття законодавчих декретів, що мають силу закону, а ст.82 Конституції Іспанії передбачає можливість делегування Генеральними Кортесами повноважень уряду видавати нормативні акти, що мають силу закону з певних питань (згідно із ст.85 – ці акти називаються законодавчими декретами, а згідно зі ст.86 – уряд може видавати декрети-закони – тимчасові законодавчі акти).

Ідентифікаційною ознакою для правових систем континентального права є наявність значної кількості кодифікованих актів, які охоплюють нормативно-правові приписи відповідної галузі чи інституту права.

У всіх правових системах діють, насамперед, цивільний, кримінальний, цивільний процесуальний та кримінальний процесуальний кодекси. Щоправда, зазвичай вони мають назву «кодекс» (Кримінально-процесуальний Кодекс Франції, Цивільний Кодекс Італії, Цивільний Кодекс Швейцарії, Кримінальний Кодекс Польщі, Цивільний Кодекс Російської Федерації, Кримінальний Кодекс України, Цивільний процесуальний Кодекс Португалії, Цивільний процесуальний Кодекс Австрії тощо). Проте, в Австрії цей кодекс називається Загальне цивільне уложення, а у ФРН – Цивільне уложення. У правових системах Австрії, Іспанії, Португалії, Бельгії діють Торгівельні Кодекси (Торгівельне уложення у ФРН); у правових системах Франції, Угорщини, Румунії, РФ, України, Польщі – Трудові кодекси.

Найбільш кодифікованою є правова система Франції, де діють: Кодекс законів про працю, Кодекс соціального забезпечення, Кодекс про охорону здоров'я, Кодекс соціального страхування, Дорожній, Земельний, Податковий, Митний, Сільськогосподарський кодекси та ін. У правовій системі Італії діє Навігаційний Кодекс; у правовій системі Швейцарії – Зобов'язальний кодекс; у правовій системі Бельгії – Судовий Кодекс; у правовій системі Польщі – Кодекс про комерційні компанії тощо. Все це дає підставу стверджувати, у континентальному праві кодекси регулюють значні сфери суспільних відносин. А як відомо, ці кодифіковані акти уніфікують нормативно-правові приписи, що дозволяє уникнути колізій, дублювань та інших правотворчих деформацій.

Все це є підтвердженням тези про визнання закону основним джерелом права. Але важливим при цьому залишається питання щодо забезпечення престижу та авторитету закону. Адже поява їх значної кількості та різноманітних видів хоча і дозволяє розширити предмет законодавчого регулювання, проте веде до інфляції законів у національних системах джерел права.

На підставі викладеного, та зважаючи на зміни, які відбуваються у системах континентального права, необхідно зазначити, що значимість конституцій у цих системах зростає, суттєво розширюється їх обсяг та зміст. Особливо у контексті співвідношення міжнародного та національного права, юрисдикційного механізму захисту прав людини. Відбувається зростан-

ня кількості кодифікованих актів. Потреба у звичайних законах на цьому фоні зменшується, і навпаки, зростає витребуваність конституцій та кодексів.

Все це дає підставу для висновків, що незважаючи на урізноманітнення джерел континентального права, зростання питомої ваги міжнародних договорів, роль та значення закону як основного джерела права не знижується, а для забезпечення правової уніфікації навіть зростає (особливо конституцій та кодифікованих актів). Саме конституції та кодекси дозволяють запобігати інфляції законів та інших нормативно-правових актів у системі забезпечення ефективності функціонування системи джерел права в цілому.

ПРАВО ЯК ФОРМА СОЦІАЛЬНОГО ВИЗНАННЯ ЦІННОСТІ ЛЮДИНИ

Грищук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблеми людини, її сутності, природи та призначення, її сучасного та майбутнього буття, підстави права в людському бутті, а також особливості буття права, розуміння його змісту та структури є одними з актуальних у філософії права. Природне право є невіддільним від форм буття людини, воно органічно вплетене у суспільні відносини і є ефективним засобом регулювання відносин між людьми, координації їх діяльності та задоволення потреб та інтересів. Особливістю природного права є те, що воно, з одного боку, випливає з сутності людини, виникає і формується в результаті діяльності спрямованої на впорядкування відносин між людьми, гармонізації між біологічними актами, соціальними вчинками та духовістю людини. Тут потрібно враховувати, що головний акцент робиться саме на духовній складовій, при цьому не абстрагуючись від вітальних та соціальних компонентів, але вони беруться до уваги лише в тією мірою, якою визначають зміст, структуру і спрямованість духовного діяння.

З іншого боку природне право формує ті умови і способи життєдіяльності, які об'єктивно необхідні для нормального існування людини, функціонування суспільства і держави. Тобто людина формує природне право як ідеальну модель і в той же час прагне відповідати цій моделі. Тому такий взаємозв'язок та взаємовплив можна вважати вирішальною та визначальною умовою прогресивного розвитку суспільства вцілому, конкретної людини і природного права, як ефективного регулятора суспільних відносин.

Проблема природного права має глибоке історичне підгрунтя, при чому розуміння його змісту є надзвичайно змінним. Вже в період зародження філософської думки у Древній Греції софісти вважали, що позитивному праву, що встановлюється штучно за волею людей, зокрема шляхом угод. протистоїть природнє право як таке, що витікає з природи людини. Стоїки і деяки з римських правників розуміли під природним правом право, що відповідає універсальному природному порядку, і в деяких випадках розповсюджує свою дію навіть на тварин. Поняття античних філософів про зв'язок справедливості і права, про суспільне життя особи як одну з умов здійснення нею своєї свободи, про роль сім'ї в державі набувають нового глибинного змісту в контексті християнської духовності. Природне право розглядалось через призму вищої Божої справедливості, що яскраво прослідковується у творах Аврелія Августина. Гуманістична традиція в Середньовічному праві розвивалась у рамках природного права, котре нерідко протиставлялось праву позитивному. Тома Аквінський намагався примирити це протистояння, вважаючи, що вищим джерелом права слід визнавати право божественної волі, якому повинні підкорятись і звичайна людина, і правитель; це право доводить до людей від Бога через откровення. В період Нового часу природне право звільнилося від богословського забарвлення. Воно розглядається як сукупнсть ідеальних норм, які повинні служити підгрунтям юридичного права. Гуго Гроцій, який був одним із засновником школи природного права, розумів природне право як "настанову здорового глузду". Гоббс і Спіноза ототожнювали природне право з природною силою. Кант виводив природне право з морального ідеалу. Монтеск'є вбачав у природному праві загальнолюдську цінність, а його метою вважав своду, рівність та безпеку всіх людей. На відміну від Гоббса, він оголосив найважливішим законом природного права не війну всіх проти всіх, а мир.

Однак в будь-якому випадку природне право розглядається як похідне від природи (сутності) людини, незалежно від його фіксації в позитивному праві. Основна цінність цього підходу полягає в тому, що він дозволяє виявити сутнісні основи природного права. Природне право існує поряд з позитивним правом як сукупність вимог, що породжені об'єктивними умовами життєдіяльності людини, самим життям суспільства. Тому природне право містить такі можливості (права) людини, які зумовлені особливостями її природи (сутності), а також відповідають досягнутому рівню розвитку суспільства.

© Грищук О., 2011

Права людини є формою виразу особистісної цінності природного права. Фактично існуючі соціальні можливості людей визнаються правами людини, як правило, на противагу існуючому юридичному статусу людини. Без цього певного протиставлення, без необхідності тлумачення соціальних можливостей з точки зору справедливого, ідеального, питання прав людини втратило б свою актуальність. Сутність прав людини полягає в вивзначенні певного мінімуму загальнолюдських вимог до правового і соціального статусу людини, який є необхідним для її нормального існування. Реалізація цього мінімуму повинна бути забезпечена завжди і всюди незалежно від соціально-політичних, економічних, культурних і інших особливостей конкретої країни. Це означає, що кожна людина мати мати певний мінімум найбільш важливих для неї прав і свобод незалежно від громадянства, національної, релігійної, расової, статевої належності. В такому випадку у держави виникає обов'язок визнати права людини найвищою соціальною цінністю і, відповідно, закріпити їх в нормах позитивного права, а також надати їм державно-правову охорону та захист. Таким чином відбувається втілення норм природного права у діюче позитивне право.

Природне право є цінним ще й тому, що його вимоги мають безумовну непохитність, категоричність, непідвладність конкретним ситуаціям, невідворотність спонтанного настання негативних наслідків при ігноруванні природно-правових вимог. З огляду на вказане під природним правом розуміють сукупність об'єктивних соціальних цінностей і потреб людського буття (волю, рівність, справедливість тощо), а також універсальних норм і принципів, що містяться у фундаменті всіх правових систем світової цивілізації.

Немає жодного соціального інституту, який би існував виключно для самого себе. Всі соціальні інститути, в тому числі і природне право, за своєю природою і функціями замикаються на людині, призначені обслуговувати її потреби, задовільняти інтереси. Представники екзестенціалізму вказують, що відповіді на всі філософські питання визначаються відповіддю на питання про зміст людського буття. Особливо підкреслюється, що право існує лише тому, що існують люди, що людина є соціальною особою, яка потребує права.

Буття людини є вищим ступенем буття світу, тому воно характеризується якісно новими, порівняно з природними, показниками (якостями). Виділяють біологічне, соціальне та буття людини як духовного феномена. Диференціація людського буття на окремі форми відкриває шлях до пізнання тих якісних особливостей людини, які, виростаючи з природніх форм, якісно перевищують їх за багатьма показниками. Тому виокремлення видів буття людини має значення вихідної методологічної засади розуміння змісту права.

Загальновідомо, що людина починає своє буття в світі як біологічний організм. Якщо розглядати людину виключно як біологічний феномен, який існує для задоволення біологічних потреб (харчування, виділення, статевий потяг, дітонародження, боротьба за життя в екстремальних умовах, захоплення життєвого простору), то ці прояви інстинкту життя притаманні людині, як і представникам тваринного світу. Однак процесі розвитку людина стає частиною соціуму і усвідомлює необхідність задоволення соціальних потреб та інтересів, керуючись певними цінностями та правилами поведінки, відбувається соціалізація людини. Однак соціальне буття не заперечує біологічне. Навпаки, біологічне в людському розвитку під впливом соціального трансформується на більш високій рівень розвитку. У соціальній діяльності людина не заперечує в собі біологічне, а змінює його завдяки чому існує взаємозв'язок, взаємозумовленість і єдність біологічного та соціального. З моменту виникнення зусилля людини були спрямовані на подолання своїх тваринних інстинктів, проте цей акт виходив не від окремої людини, а від первісного соціуму (общини) і отримав свій вираз у формі табу. Саме соціальна складова людини породжує необхідність існування певних правил для нормального співжиття.

Однак єдність біологічного і соціального буття людини стає можливою лише внаслідок наяності духовної складової в бутті людини. Ці три форми буття людини лише в єдності можуть розкрити її сутність. Розуміння людини як біосоціальної істоти з неминучістю вимагає визнання певного рівня цінності людини, але підставою такої цінності є не наявність біогічних ознак і не можливість групового існування (що притаманно і тваринам) а саме духовний елемент, який є специфічною, притаманною лише людині формою буття.

Людина усвідомлює себе істотою вільною, здатною самостійно вирішувати, обирати шлях власного розвитку. В той же час вона здатна самостійно корегувати власну поведінку, яке полягає, з одного боку, в самообмеженні задоволення своїх потреб та інтересів. З іншого боку, внаслідок цього самообмеження духовна складова виявляється як можливість дати кожній людині максимум тих соціальних благ, які можливі на певному етапі історичного, економічного, культурного розвитку суспільства. Крім того, духовна форма буття проявляє себе як ідеал, до якого суспільство повинно прагнути для подальшого гармонійного розвитку. Тому саме тут потрібно шукати підгрунтя, основу і передумови виникнення і розвитку права.

ВПЛИВ ХРИСТИЯНСТВА НА СТАНОВЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ

Добрянський С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Права людини перебувають нині в центрі політичного проекту сучасності: у сучасних міжнародних правопорядках вони: а) виконують функцію одного з елементів перевірки реального втілення в певній державі принципу верховенства права; б) виступають однією з передумов членства у певній міжнародній організації, а у національних правопорядках дотримання прав людини все частіше фіксується як пріоритетний напрямок діяльності відповідної держави, а людина, її права та свободи – найвищою соціальною цінністю.

Не заперечуючи цінності та важливості прав людини у сучасному світі, видається слушним звернути увагу на потребу оновлення акцентів у цій сфері людської життєдіяльності: вочевидь, вже пройшов той час, коли увага науковців та світового співтовариства була зосереджена головним чином на проблемі уконституювання міжнародних стандартів прав людини та створення механізму їх імплементації. Сьогодні на порядку денному стоїть нове завдання:

а) оцінити фактичну дієвість прав людини, так би мовити, визначити коефіцієнт корисної дії цього феномена у справі подолання актуальних проблем певного конкретного соціуму;

б) виявити як права людини співіснують, взаємодіють, конфліктують з іншими суспільними явищами; в) виявити систему тих соціальних факторів, які конкурують з правами людини і у кінцевому рахунку визначають те, чи "приймуться" права людини на певному новому соціальному грунті, або ж будуть відкинуті як чужорідний для цього суспільства феномен. Одним з важливих аспектів поставлених завдань, виступає на нашу думку, проблема співвідношення прав людини та релігії.

Права людини та релігія. Справедливості ради, варто зауважити, що на перший погляд, зв'язок між інститутом прав людини і релігією якщо навіть є, то носить, скоріш за все, *конфронтаційний* характер. І справді, ознайомлення з канонічними текстами трьох найбільших релігій сучасності – Юдаїзму, Християнства та Мусульманства дозволяє чітко ідентифікувати той факт, що ці джерела значно більше говорять про *Божі заповіти* та *обов'язки* людини перед Творцем, суспільством, іншими членами соціуму, аніж про *права* та *свободи* людини. У той же час, неможливо ігнорувати той факт, що ідея природжених прав людини з'явилася у *саме християнській Європі*, щоправда в період, коли на зміну домінуючого впливу католицького віровчення прийшла епоха гуманізму та протестантизму.

У зарубіжній науковій літературі вказується на той факт, що падіння інтересу релігійних громад до прав людини у період поч.1960-х років – поч. 1980-х р. сприяло ''зубожінню'' загальної теорії прав людини. З одного боку, багато з прав людини виявилися позбавленими свого коріння. Право на віросповідання, як писав Г.Еллінек понад століття назад, є "матір'ю інших прав". Для віруючої людини право на віросповідання неодмінно тягне за собою необхідність визнання права на вільні збори, на поклоніння, євангелізацію, на освіту, на знання своїх батьків, на вільне пересування або на утримання від здійснення певних дій на основі віросповідання певної людини. Для релігійної організації право на існування беззаперечно включає до свого складу право на корпоративну власність, колективне поклоніння, організоване проведення благодійницької діяльності, парафіяльне навчання, свобода преси, автономія управління. Ігнорування релігійними правами означає втрату концептуальних джерел інших індивідуальних та колективних прав. З другого боку, ігнорування релігійними правами отримало одним із своїх наслідків "вихолощування", "відривання" прав від обов'язків. Класичні "віри Книги" утверджують та захищають релігійні права для того, щоби забезпечити виконання релігійних обов'язків. Віруючий індивід або релігійна асоціація володіють правами на існування та діяльність не просто заради прав як таких, але для того, щоби виконувати певні конкретні релігійні обов'язки. *Релігійні права являють собою відмінний взірець органічного зв'язку між правами та відповідальністю.*

© Добрянський С., 2011

По-друге, ігнорування ролі релігії мало одним із наслідків загострення поділу між так званою "західною" і "незахідними" теоріями прав. Багато з незахідних традицій, зокрема представники ісламського, індуського, буддистського напрямків не приймають і не можуть зрозуміти систему прав, яка виключає релігію. Релігія для таких традицій є невід'ємною складовою кожного аспекту життя. Жодна система прав, яка ігнорує або применшує визначальну роль релігії, не може користуватися пошаною або тим більше бути узаконена.

З огляду на те, що згідно даних соціологічного опитування близько 90% громадян України вважають себе християнами, видається важливим дослідити вплив християнства на становлення концепції прав людини.

Зосередимо увагу на впливі протестантизмі, як тій християнській течії, яка не зважаючи на велику роль у правовій історії людства, поки-що не отримала належної уваги у вітчизняній юридичній науці.

Права людини та протестантизм. Історичний аналіз діяльності протестантських церков дозволяє виявити, що саме вони спричинилися до появи найбільш чітких, фундаментально розроблених теорій прав людини і невтомно працювали, переслідуючи мету запровадити реформи, які би такі права гарантували.

Протестантська реформація була по суті другим значним рухом за права людини на заході. Такі діячі епохи реформації як М. Лютер, Дж. Кальвін, Т.Кренмер розпочали свою діяльність з заклику за свободу – свободу особистої свідомості від все проникаючого впливу канонічного права, свободу державних діячів від впливу духовної влади, свободу місцевого духовенства від централізованого папського управління.

Теологія протестантизму містить вчення про природу людини, у якому є зародки, необхідні для зародження концепції прав людини в рамках демократичного політичного устрою. Так класичні доктрин протестантизму навчають про те, що людина є водночас *свята* та *грішна*. З одного боку людина створена за образом та подобою Бога, виправдана вірою в Бога і покликана до здійснення свого особистого покликання, яке робить людину рівною у гідності та святості щодо інших людей. Відтак, кожна людина перебуває у позиції рівності перед Богом та своїми ближніми. Кожна людина наділена природною свободою жити, вірити і служити Богові та своєму ближньому.

З другого боку, кожна людина згрішила, схильна чинити зло та виявляти егоїзм. Відтак, вона потребує спільності з іншими людьми, які будуть наставляти її, служити їй і управляти нею, керуючись законом та любов'ю. Отже соціальність є невід'ємною, внутрішньо притаманною людині характеристикою. Кожна людина належить до сім'ї, церкви та політичної спільності, якою виступає держава.

Протестанти вірять, що ці інституції є *божественними за походженням* і *практично втілюються через людей*. Кожна з таких структур покликана виконувати чітко визначені для неї Богом функції.

Сім'я покликана народжувати та виховувати дітей, навчати їх і дисциплінувати, уособлюючи любов та співпрацю.

Церква покликана проповідувати Слово Боже, навчати молодших та допомагати потребуючим.

Держава покликана захищати порядок, карати злочинців, забезпечувати спільність. Будучи божественними за походженням, такі інституції формуються через людські заповіти. Таким чином, сім'я, церква та держава виступають як публічні інституції, які відкриті та підзвітні одна одній та своїм членам.

Специфікою протестантського розуміння церкви виступає те, що остання має бути організована як демократична незалежна спільнота, де існує розподіл духовних повноважень між пасторами, старшими церкви, дияконами, діє принцип обрання служителів для виконання своїх обов'язків на певний обмежений термін, і взагалі спільнота виявляє готовність брати активну участь у житті та управлінні церквою.

Протестантські групи в Європі та Америці надали своїх теологічним доктринам особи та суспільства демократичні форми вираження з метою захисту прав людини.

Оскільки усі особи є рівні перед Богом, вони мають перебувати у позиції рівності перед політичними представниками Бога. Оскільки Бог наділив усіх людей природними правами на

життя та віросповідання, держава повинна забезпечувати відповідні громадянські права. Оскільки Бог створив людину з відповідним духовним покликанням бути пророком, пастором чи царем, держава має забезпечувати свободу цих людей говорити, проповідувати і керувати спільнотою. Оскільки Бог створив людей як соціальну істоту, держава має підтримувати та захищати множину таких інституцій, зокрема церкву та сім'ю.

Протестантська доктрина гріха теж отримала своє демократичне політичне вираження. Посада державного службовця має бути захищена від гріховності державного чиновника. Політична влада, так як і духовна має бути розподілена між контролюючими одна одну виконавчою, законодавчою та судовою гілкою. Державні службовці мають обиратися на певний визначений строк. Закони мають бути ясно викладені і розсуд діяльності службовців має бути обмежений чіткими рамками та гарантіями. Якщо службовці зловживають своїми повноваженнями, громадяни мають право їм не підкорятися; якщо вони продовжують зневажати закон, вони мають бути усунуті від влади, в т.ч. з застосуванням сили.

В минулому протестантські вчення, за висловом Р.Р.Палмера, виступили фундаментом "епохи демократичних та "праволюдинних" революцій": вони відіграли роль ідеологічних рушійних сил у повстаннях гугенотів у Франції, пієтистів у Данії, протестантів Шотландії проти тиранії монархів у XVI та XVII століттях. Ці вчення були важливим джерелом натхнення та керівництвом для дій протягом періоду демократичних перетворень у Америці та Західній Європі XVIII – XIX століття. Не менш важливе значення протестантських ідей мали і у XX столітті для повалення колоніальних автократичних режимів Африки та неофашистських режимів Латинської Америки.

Висловлюється думка про те, що протестантизм володіє потенціалом збагачення режиму прав людини і у XXI столітті. Теологія цього напрямку уникає негативів як лібералізму, як ідеології як жертвує суспільством заради індивіда, так і тоталітаризму, який нівелює значення індивіда заради спільноти. Не менше значення має те, що цей напрям запобігає безмежній експансії прав людини, вбудовуючи права людини у загальний світопорядок, духовне призначення людини, стосунки заповіту.

Іншими словами, протестатська теологія забезпечує унікальний баланс між свободою та відповідальністю, гідністю та гріховністю людини, індивідуалізмом людини та суспільними інтересами.

Втім, до сьогодні, між протестантськими церквами, не існує спільної (у вигляді окремого документа) узгодженої позиції щодо ролі прав людини у сучасному світі.

Підсумовуючи вищевикладене, можна дійти, як нам видається, таких висновків:

1. дослідження загальних закономірностей зародження та становлення концепції прав людини було і залишається актуальним питанням та предметом далеким від однозначності інтерпретації;
2. визнаючи плюралізм концептуальних підходів щодо розуміння прав людини, які, ясна річ, відображають ті чи інші закономірності становлення цього феномену, слід визнати, що права людини – продукт в перш за все європейської цивілізації, підсумок конкретно-історичного етапу розвитку певного соціуму;
3. суттєвий, варто сказати, визначальний вплив на появу феномену прав людини, справило християнство, представлене такими течіями як католицизм, православ'я та протестантизм;
4. окрему увагу, як нам видається, слід приділити останньому напрямку, який поки що не отримав належної оцінки у вітчизняному правознавстві, попри той факт, що саме доктрина протестантизму сприяла якісному переосмисленню природи людини, її місця у соціальній системі, а відтак принципи протестантизму були використані при побудові сучасної концепції прав людини.

ТЕХНІКО-ТЕХНОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ВДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ

Косович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток правової системи України супроводжується інтенсивною нормотворчою діяльністю. Кількісні показники результатів правотворчості за останні майже 20–ть років не завжди супроводжуються якісними характеристиками. Така ситуація спонукає і науковців, і практиків до виявлення причин недоліків та можливих шляхів їх запобігання у нормативно-правовій базі України. У публікаціях теоретиків все частіше простежується думка, що серед негативних чинників, що понижують якість нормативно-правових актів, а відповідно і ефекивність правового регулювання, є неналежне дотримання правотворчими суб'єктами правил нормотворчої техніки та технології.

Питання нормотворчої техніки (водночас з ним і технології) стало об'єктом особливого дослідження сучасних як вітчизняних, так і зарубіжних вчених. На загальнотеоретичному рівні техніка та технологія нормотворення розглядалась у дисертаційних роботах українських науковців Ж.О. Дзейко, І.О. Биля, В.І. Риндюк. Значна увага надається вивченню окремих засобів нормотворчої техніки представниками галузевих юридичних наук.

Попри широку увагу, тема техніко-технологічних складових нормотворення потребує узагальнення та формування нових підходів у контексті безпосередньої прив'язки до нормативно-правового акта як основного джерела права України. Крім того, постає необхідність визначити систему інструментальної (техніка) та процедурної (технологія) складових нормотворення як засобів вдосконалення нормативно-правових актів України.

Для виконання поставленого завдання зосередимо зусилля на вирішення таких питань:

- ✓ визначення основних засобів та правил нормопроетування, що зумовлюють якість нормативно-правових актів України;
- ✓ виділення складових технології створення нормативно-правових актів, що впливають на їх досконалість.

Обсяг положень, що стосуються нормотворчої техніки надзвичайно об'ємний.

До того ж, на перший погляд, затеоретизовані напрацювання щодо засобів та правил нормопроектування можуть мати багатогранне практичне значення. Ілюстрацією цього може слугувати звернення народного депутата України до Львівського національного університету імені Івана Франка стосовно чинності Постанови Головного державного санітарного лікаря України №63 від 14.08.2001р. «Про затвердження Державних санітарних правил і норм 5.5.2.008-01 «Державні санітарні правила і норми влаштування, утримання загальноосвітніх навчальних закладів та організації навчально-виховного процесу». Питання щодо чинності даного правового акта виникло у зв'язку з тим, що він не був зареєстрований у Міністерстві юстиції України відповідно до вимог Указу Президента України від 03.10.1992р. із змінами від 21.05.1998р. «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» та «Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» (затвердженого постановою Кабінету Міністрів України №731 від 28.12.1992р. із наступними змінами). Вказані акти встановлювали правила, відповідно до яких нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади набували чинності через 10 днів (пункт 3 Указу Президента), направлялись для виконання (пунк 15 «Положення…») після їх реєстрації. Міністерство охорони здоров'я України не реєстрував Постанови Головного державного санітарного лікаря України №63 від 14.08.2001р. «Державні санітарні правила…» в силу того, що у Законі України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24.02.1994р. державні санітарні правила визнавалися нормативними документами. Тобто, різне розуміння термінів нормативно-правові акти та нормативні документи (до речі, в теорії права та держави нормативно-правові акти найчастіше визначають як письмові документи уповноважених суб'єктів, що встановлюють загальнообов'язкові правила поведінки) стало підставою для порушення законодавства про дер-

© Косович В., 2011

жавну реєстрацію нормативно-правових актів і має серйозні правові наслідки. Так, відповідно до аналізу проведеного Правничим і творчим центром «Київська Русь» санітарні норми та правила не реєструвались Міністерством юстиції з 21.05.1998р. до 07.02.2002р., а отже необхідно ставити питання про їх легітивність.

Як відомо, Верховна Рада України тривалий час працює над проектом Закону України «Про нормативно-правові акти». У різних редакціях законопроекту значна увага надавалась нормопроектувальній техніці та нормотворчій технології. Низка техніко-технологічних правил створення нормативно-правових актів передбачені актами Президента України та Кабінету Міністрів України. Правила використання засобів нормопроектної (як зазначено у «методичних рекомендація, щодо розроблення проектів законів та дотримання вимог нормопроектної техніки», затверджених постановою Мінюсту України №41 від 21.11.2000р.) та нормопроектувальної (як закріплено у затверджених постановою Кабінету Міністрів України №870 від 06.09.2005р. «Правилах підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України») техніки встановлюються у методичних рекомендаціях як Міністерства юстиції України, так і галузевих міністерств. При цьому якогось єдиного й узгодженого підходу як до засобів нормопроектувальної техніки, так і до правил їх використання, а тим більше до нормотворчої процедури і її складових немає. Так, в розділі третьому «Техніка нормопроектування» проекту Закону України «Про нормативно-правові акти» (в редакції від 13.04.2010р.) йде мова про: загальні вимоги до техніки нормопроетування (ст.9); структуру закону (ст.10); реквізити нормативно-правового акта (ст.13); назву нормативно-правового акта (ст.14); вимоги до термінології нормативно-правового акта (ст.22); вимоги до тексту нормативно-правового акта (ст. 23); вимоги до стилю нормативно-правового акта (ст.24). Розділ четвертий «Нормотворчий процес» вказаного законопроекту визначає такі стадії нормотворчого процесу: планування нормотворчої діяльності; внесення нормотворчої пропозиції і підготовка проекту нормативно-правового акта; проведення експертизи проекту нормативно-правового акта; внесення проекту нормативно-правового акта суб'єктом нормотворення; розгляд проекту нормативно-правового акта суб'єктом нормотворення; прийняття нормативно-правового акта; набрання чинності нормативно-правововим актом; введення нормативно-правового акта в дію. Натомість постановою Кабінету Міністрів України №870 від 06.09.2005р. «Про затвердження Правил підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України» встановлено: загальні вимоги до проекту нормативно-правового акта, його складових, вимоги до змісту нормативно-правового акта (стосовно: назви і термінології, структури проету документа, стилю і викладу, посилань, заголовків до розділів, додатків), порядок внесення змін до актів Кабінету Міністрів України. Процедура підготовки актів Кабінету Міністрів України визначена Регламентом Кабінету Міністрів України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України №950 від 18.07.2007р. і включає: процедуру підготовки (глава 2); погодження та консультації (глава 3); правову експертизу (глава 4); внесення проектів актів (глава 5); опрацювання проектів актів (глава 6); розгляд проектів актів Кабінетом Міністрів України і їх прийняття (глава 7).

Отож, першочергове завдання науковців і практиків створити упорядковану за змістом, ієрархією значимостей, формою закріплення систему засобів, прийомів і правил проектування і прийняття нормативно-правових актів України. Така система має об'єднувати компоненти, що належать до інструментальної і процесуальної складових нормотворення. Нормопроектувальна техніка повинна включати як перелік засобів, так і правил їх використання. Нормотворча технологія – це низка взаємозв'язаних стадій нормопроектування.

Спробуємо змоделювати таку систему. Для цього розглянемо існуючі у сучасній теоретичній науці підходи до визначення складових правотворчої техніки і технології (зосередимо увагу перш за все на сучасних дисертаційних дослідженнях). В.І. Риндюк виділяє мовну, логічну та процедурну форми законодавчої техніки, загальні та спеціальні (техніка вироблення конституційних законів, техніка внесення змін до законодавчих актів і кодифікаційна техніка) види законодавчої техніки. І.О. Биля до правил й засобів вираження змісту нормативних правових актів відносить: а) логічні і спеціально-юридичні (поняття та операції з ними, презумпція, фікція, прийоми формування нормативних правових приписів, переліку, цифрового вираження, правовий символ, зразки документів); б) правила й засоби системного вираження змісту нормативних правових актів, зокрема, такі правила, як: відсутність логічних протирічь у нормативному правому акті, відсутність невиправданого дублювання нормативних правових приписів, ув'язка актів, що видаються

із раніше виданими, зведення до мінімуму нормативних правових актів з одного й того ж питання, відсутність відсилок до неіснуючого акта, послідовне й однакове використання термінів (понять), забезпечення матеріальних приписів процесуальними. Основні засоби системного викладу нормативних правових актів - це нормативна побудова, юридична конструкція, галузева типізація, структурні та мовні; в) мовностилістичні правила й засоби; г) правила і засоби структурування нормативних правових актів (реквізитні). Ж.О. Дзейко звертає увагу на такі правила та засоби законодавчої техніки: мовні правила і засоби закріплення норм права у законах, конструювання структури закону, правові фікції та презумпції, правові символи, концепція закону, правила проведення правової експертизи законів, правила попередження колізій та прогалин у законодавстві, реквізитні та структурні правила тощо. Правотворча техніка активно досліджується російськими науковцями. Так, для прикладу Т.В. Кашаніна до правотворчої техніки відносить: правила формування змісту нормативних актів (основні вимоги до змісту, принципи, дефініції, конструкції, логіку і таке інше) і вимоги до внутрішньої форми нормативного акта (зокрема, структурні та мовні).

Не вдаючись до довготривалої дискусії, беручи за основу такий критерій як значимість для якості майбутньої юридичної норми, пропонуємо таку систему правил та засобів проектування нормативно-правового акта. Перша група – це засоби і правила, які мають використовуватись при визначенні та формуванні змісту проекту нормативно-правового акта. До них необхідно віднести: 1) загальні вимоги (відповідність потребам та інтересам суспільства; відповідність визнаним Україною нормам та принципам міжнародного права; відповідність правовій політиці; законність; правонаступність та узгодженість з іншими нормативно-правовими актами; економічність); 2) логічні правила; 3) основні засоби нормопроектування та правила їх використання (принципи права, правові конструкції, правові дефініції, правові презумпції, акксіоми та фікції). Друга – це засоби і правила, що мають визначати форму (зовнішнє вираження та оформлення) проекту нормативно-правового акта, а саме: 1) правила викладу юридичної норми у статті нормативно-правового акта; 2) юридична термінологія і правила її використання; 3) нормотворча стилістика; 4) структура нормативно-правового акта та правила його структурування; 5) реквізитні правила.

За плюралізмом наукових і правових підходів до правотворчої техніки відійшли на задній план питання пов’язані із характеристикою процесу та стадій створенння нормативно-правового акта. Водночас, які б ідеальні засоби та правила не використовувались для розробки проекту нормативно-правового акта, його майбутнє у значній мірі залежить від того як він приймається. Так, відсутність будь-якої плановості у законотворчій діяльності Верховної Ради України зумовлює некомплексне оновлення галузей та інститутів законодавства, а відповідно їх неузгодженість та колізійність. Якщо в практичних (в ряді випадків нормативного плану) рекомендаціях органів держави стосовно стадій правотворення немає повної єдності, то в науці вцілому вироблена спільна позиція щодо основних етапів та процесу нормотворення. Власне такий нуковий підхід міг би слугувати основою для юридичного закріплення вимог до процесу створення нормативно-правових актів. Такий нормотворчий процес має включати такі стадії: 1) встановлення необхідності в нормативному правовому регулюванні; 2) правовий моніторинг; 3) планування нормотворчої діяльності; 4) ініціювання розробки проекту нормативно-правового акта; 5) розроблення концепції проекту нормативно-правового акта; 6) обговорення концепції із науковцями, практиками, зацікавленими суб’єктами; 7) підготовка проекту нормативно-правового акта; 8) проведення експертизи проекту нормативно-правового акта; 9) обговорення проекту нормативно-правового акта із науковцями, практиками, зацікавленими суб’єктами; 10) подання проекту нормативно-правового акта на розгляд правотворчим суб’єктам; 11) прийняття нормативно-правового акта; 12) реєстрація і оприлюднення нормативно-правових актів. В нормативному документі, який би закріплював зазначену послідовність прийняття нормативно-правових актів, також мають бути зафіксовані правила їх систематизації.

Юридичне закріплення (нехай і без зайвої деталізації) наведених техніко-технологічних засобів та правил створення нормативно-правових актів слугуватиме визначальною умовою творення якісного, такого що відповідає потребам сьогодення права.

Наведені вище положення стовно техніки та технології творення нормативно-правових актів можуть також використовуватись при викладанні навчальних дисциплін «Правотворча техніка» та «Правотворча технологія».

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ

Левицька Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасні національні системи джерел права мають поліструктурну будову, в якій нормативно-правові приписи угруповуються в інститути, галузі та інші системні утворення.

Предметну структуру у системі відображає нормативно-правовий інститут, який є комплексом взаємоузгоджених нормативно-правових приписів, що регулюють однорідну сферу суспільних відносин.

Проблеми формування та функціонування нормативно-правових інститутів, не обділені увагою, як зарубіжної, так і вітчизняної галузевої юридичної науки, проте малодослідженими з позицій загальної теорії права ці питання залишаються і дотепер. Найменш дослідженими є питання процесуальних інститутів. Хоча ті чи інші проблеми процесуальних нормативно-правових інститутів висвітлюються у працях Кірімової О., Зайцева І., Горшеньова В., Осипова О., Нагієвої О. та ін.

Відомо, що за характером врегульованих суспільних відносин інститути поділяються на матеріальні та процесуальні, а процесуальні інститути за предметом регулювання поділяються на кримінально-процесуальні, цивільно-процесуальні, адміністративно-процесуальні тощо.

Водночас, у юридичній літературі зазначається, що процесуальні нормативно-правові інститути можна поділити на процесуальні та процедурні. Процесуальні інститути можна розрізняти за видами судочинства: конституційні, цивільні, кримінальні, адміністративні, господарські.

Процедурні інститути можна диференціювати за суб′єктами правозастосовної діяльності або за формами здійснення функцій: правотворчі, організаційно-виконавчі (управлінські), правоохоронні тощо.

Призначення процесуальних нормативно-правових інститутів полягає у тому, що вони повинні забезпечити належну реалізацію матеріальних правових норм. Наприклад, інститут доказів у кримінально-процесуальному праві; інститут підвідомчості у цивільно-процесуальному праві.

Процесуальні нормативно-правові інститути фіксують форми діяльності суб′єктів, вимоги до відповідних дій учасників процесу, спрямованих на досягнення юридично значимого результату. Зовні зміст конкретних процесуальних інститутів відображається у вигляді юридичної конструкції нормативного впорядковування діяльності.

Наприклад, конструкція позову, як вимоги про захист права (ЦПК); конструкція цивільно-процесуальної форми (ЦПК); конструкція кримінально-процесуальних правовідносин; конструкція кримінально-процесуальної форми (порядок розгляду справ судами різних інстанцій (КПК).

Поряд з цим, у літературі зазначається, що незважаючи на самостійність інститутів процесуального права, вони тісно взаємопов′язані із матеріальним правом. На думку деяких авторів, будь-які інститути чи галузі матеріального права породжують специфічні процесуальні інститути, наприклад, у конституційному, фінансовому, трудовому (притягнення до дисциплінарної відповідальності), земельному та інших галузях права (Недбайло П., Горшеньов В.). Інші автори вважають, що не можна надавати безмежної форми процесуальному праву, тим більше, що починає формуватися процесуальне право, яке охопить не лише всі процесуальні галузі, але і всі процедурно-процесуальні інститути у межах матеріального права (Алексєєв С.).

До основних параметрів процесуального права, як правило, відносять: предмет та метод правового регулювання, функції, мету та завдання, джерела права. У межах процесуального права, функціонують інститути, які зафіксовані у галузевих чи інституційних кодексах або спеціальних законах.

© Левицька Н., 2011

Процесуальні нормативно-правові інститути функціонують у межах цивільно-процесуального права, кримінально-процесуального права, господарсько-процесуального права. Наприклад, серед інститутів цивільного процесу виокремлюється інститут процесуальних строків, який складається із приписів, що визначають види процесуальних строків, їх обчислення, початок перебігу, зупинення, закінчення поновлення та продовження, наслідки пропущення тощо.

До основних інститутів Кодекс адміністративного судочинства України відносить: адміністративну юрисдикцію і підсудність адміністративних справ, склад суду, судові виклики і повідомлення, учасників адміністративного процесу, докази, судові витрати, провадження в суді першої інстанції, судові рішення та ін. Глава 5 «Судові рішення» містить нормативно-правові приписи щодо видів судових рішень, їх законності та обґрунтованості; порядку ухвалення; питань, які вирішує суд при прийнятті постанови; повноважень суду при вирішенні справи; змісту постанови, постанови щодо частини позовних вимог, змісту ухвали, окремих ухвал, додаткових судових рішень, проголошення рішення та його видачі, виправлення описок та помилок, роз'яснення судового рішення (ст. 158 – 170 КАСУ). Частина інститутів є загальними, характерними для системи процесуальних відносин в цілому (наприклад, гласності та відкритості процесу), а частина спеціальними – характерними лише для конкретного виду процесуальних відносин. Наприклад, адміністративна юрисдикція: спори фізичних та юридичних осіб із суб'єктами владних повноважень щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності; з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження та звільнення; спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації їхньої компетенції; спори за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, встановлених законодавством; спори щодо правовідносин, пов'язаних із виборчим процесом чи референдумом (ст. 17 КАСУ).

Специфічною процедурно-процесуальною формою є виконавче право. Його поява була обумовлена формуванням джерел права, що фіксували питання виконавчого провадження. Інститути виконавчого права можуть фіксуватися і в джерелах процесуального права.

У літературі розглядається і питання формування інститутів адміністративного процесуального права, проте їх фіксація в офіційних джерелах права ще не відбулася, за виключенням питань адміністративного судочинства.

В сучасних умовах спостерігаються процеси диференціації та спеціалізації юридичного процесу (Лук′янова Є.). Так, наявність процесуальних інститутів нині фіксується не лише у названих галузях процесуального права, але і в галузях матеріального права. Наприклад, інститут забезпечення виборчого процесу у конституційному праві; забезпечення бюджетного регулювання у фінансовому праві; дисциплінарний процес у трудовому праві.

Для виокремлення процесуальних нормативно-правових інститутів важливим є, насамперед, предмет правового регулювання – процес, додатковим критерієм є субінститути (це як субінститути матеріального права, так і спеціальні субінститути процесуального права) та призначення (забезпечення реалізації матеріального права).

Важливо пам′ятати і про те, що процесуальні інститути, як правило, це інститути публічно-правові. А отже, вони мають ознаки притаманні публічно-правовим інститутам (наявність імперативного методу, субординаційних відносин, спрямованість на забезпечення публічного інтересу).

В той же час, необхідно зазначити, що виокремлення особливостей процесуальних нормативно-правових інститутів має як пізнавальну, так і практичну значимість, як для правотворчої, так і для правозастосовної практики.

ПРАВОВА ПАРАДИГМА У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Луць Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зрілість будь-якої науки, зокрема юридичної, визначається наявністю сталих наукових парадигм. У вітчизняному правознавстві на сучасному етапі спостерігається активний пошук таких парадигм, що відображається у наукових публікаціях. Але цей процес відбувається доволі специфічно – шляхом запозичення положень відомих західних доктрин, теорій, концепцій та намаганням їх формалізації у чинній системі джерел права. Це може свідчити або про допарадигмальний етап розвитку вітчизняної юридичної науки, або про її депарадигмальність (відсутність фундаментальної концепції, хаотичність наукових досліджень, відсутність загальних параметрів, спеціальних методів та засобів пізнання, критеріїв оцінки отриманих результатів).

Парадигма (з грецької мови – приклад, зразок) багатозначний термін: ідеальний прототип сутнісного (антична, середньовічна філософія); система теоретичних, методологічних та аксіологічних стереотипів розв'язання наукових завдань, яку визнають представники відповідного наукового співтовариства (сучасні філософські науки); ідеальна система форм, уявлень, цінностей, які відображають еволюцію наукового поняття.

У філософію науки термін «парадигма» ввів Густав Бергман, який під парадигмою розумів загальні принципи та стандарти методологічного дослідження. Більш широке розуміння парадигми представлена у праці Томаса Куна «Структура наукових революцій» (1962), який виокремлював два аспекти: епістемічний та соціальний. Епістемічний – як сукупність фундаментальних знань, цінностей, переконань і прийомів, що є зразком наукової діяльності; соціальний – як цілісність та межі системи знань, яку визнає конкретне наукове співтовариство. На думку, Т. Куна парадигма повинна містити власну мову та понятійний апарат, фундаментальні теоретико-методологічні принципи світосприйняття, цінності, які обумовлюють формування системи знань.

В сучасній філософії науки поняття парадигми використовується як еталон, теоретико-методологічні основи наукових досліджень. Так, наприклад, в соціології у XX ст. були сформовані такі основні парадигми: соціальних фактів, яка об'єднала дві теорії – структурного функціоналізму та соціальних конфліктів (Е. Дюркгейм); соціальних дефініцій (М. Вебер); соціальної поведінки (Дж. Хоманс); психологічного детермінізму (З. Фрейд); соціально-історичного детермінізму (К. Маркс).

Отже, трактуючи парадигму як світоглядні принципи, засади пізнання предметів та явищ, яка визначає логіку організації знань у певну систему, необхідно відмежувати це поняття від суміжних: науковий підхід, концепція, теорія, доктрина. Як відомо, науковий підхід – це вихідні положення та напрям дослідження предмета; концепція – це вихідні засади, що визначають стратегію дослідження; теорія – це система узагальнених знань, основних наукових ідей, законів, об'єднаних за допомогою певних принципів; доктрина – це сукупність систематизованих поглядів, ідей, понять щодо певних явищ.

Концепція та науковий підхід це найбільш близькі поняття. В той же час, науковий підхід, концепція, теорія, доктрина є результатом наукового розвитку певної ідеї у процесі дослідження, а їх створення свідчить про певну сукупність наукових знань. Але без парадигми науковий пошук здійснюється хаотично, свідчить про допарадигмальний етап розвитку науки. Поява парадигми засвідчує про зрілість науки, а тому парадигма має більш високий ступінь поряд із науковим підходом, концепцією, теорією, доктриною та відображає метатеоретичний рівень.

У юридичні науці поняття «парадигма» використовується не так давно і часто ототожнюється із поняттями: «підхід», «концепція», «теорія», «доктрина». Їх розмежування дозволяє сформувати чітке уявлення про правову парадигму як систему світоглядних принципів та методологічних засад пізнання державно-правових явищ з метою організації знань про них у пе-

© Луць Л., 2011

вну систему. Використовуючи такий критерій, як право розуміння у сучасній юриспруденції виокремлюють такі основні парадигми: юридичний позитивізм (зокрема, нормативізм), природнича юриспруденція, соціологічна юриспруденція, інтегративна юриспруденція.

Кожна із парадигм визначає, насамперед основні засади, що визначають розуміння змісту та сутності права. Так, юридичний позитивізм вказує на прямий зв'язок права з державою, оскільки саме вона встановлює та забезпечує норми права, які є загальними стандартами поведінки однойменних суб'єктів суспільних відносин. Соціологічна юриспруденція акцентує увагу на залежності права від соціальних факторів та реалізації права у конкретній соціальній ситуації. Водночас, природнича юриспруденція пов'язує право з природою людини з потребою забезпечення її біосоціальних властивостей шляхом створення у праві певної системи цінностей. Інтегративна юриспруденція поєднує певні концептуальні аспекти природничої, соціологічної та позитивістської юриспруденції та підкреслює важливість, як фіксації у нормах права морально-правових цінностей, так і відображення соціального змісту та їх втілення у реальну практику.

Всі ці парадигми формувалися в конкретно-історичних умовах і природа правового світогляду, що є основою кожної із цих парадигм, визначається саме тим контекстом, в який він вписаний. Загальні парадигми формуються лише тоді, коли враховані типологічні, конкретно-історичні, національні та інші особливості.

При цьому, необхідно звернути увагу, що парадигми притаманні стійкому періоду розвитку науки, її зрілості. Тоді парадигма виконує програмну, модельну, параметральну функції. Таким чином, парадигма є фактором розвитку науки, але в той же час за наявності нових об'єктивних умов домінуючі парадигми вже не можуть забезпечувати правовий розвиток. Виникає проблемна ситуація, яка потребує зміни існуючої парадигми, появи нової, переходу на іншу світоглядно-ціннісну систему. І це свідчить про гнучку дієву систему наукових знань, здатну реагувати за об'єктивних обставин на проблемну ситуацію появою нової парадигми.

Але аналіз вітчизняних наукових публікацій викликає низку запитань щодо рівня зрілості вітчизняної юриспруденції. Так, еволюція запозичення основних парадигмальних позицій, елементів є такою: концепція правової держави, теорія прав людини, природнича юриспруденція, верховенство права. При цьому, тій чи іншій парадигмі приділяється достатня увага лише у певний період часу, після чого наукове співтовариство втрачає інтерес до відповідної проблематики. Так, ще 15 років тому всі науковці активно досліджували проблеми формування правової держави, а вже 10 років тому найвищий рівень активності спостерігався у продукуванні наукових знань у питаннях розвитку теорії прав людини. Нині значна кількість наукових публікацій, зокрема, монографій, кандидатських, докторських дисертацій присвячені проблемам природничої юриспруденції та верховенства права.

Проте, більш прискіпливий аналіз дозволяє стверджувати, що і дотепер відсутні уніфіковані позиції щодо основних парадигмальних питань чи їх особливостей у національній практиці, відсутні загальні стандарти та критерії отримання результатів. І що найважливіше, вітчизняна юриспруденція і дотепер не створила власних фундаментальних концепцій. І це не дивно для такого рівня наукового аналізу, який дозволяє виявити лише зовнішні ознаки. Більше того, під час таких «активних» періодів дослідження тієї чи іншої наукової проблеми формуються певні наукові ідеологеми, що можуть бути навіть загрозливими для подальшого розвитку науки. Наприклад, ідеологема «права людина – єдина цінність». По відношенню до цієї цінності всі інші правові цінності ніби стають підлеглими. Вони можуть набувати легітимності лише тоді, коли вони обслуговують основну ідеологему та відповідають їй. І така ідеологема стає основою понятійного апарату, а це може створити певні формальні перешкоди для здатності наукового співтовариства реагувати на нові проблемні ситуації. А хибна універсальність таких ідеологем, як і парадигм в цілому, створює перешкоди для формування власних наукових концепцій та парадигм. В той же час хаотичне нагромадження знань часто є свідченням не допарадигмальності науки, а – депарадигмальності.

Вихід із такого стану вбачається у розвитку правової методології, яка дозволяє, не лише здійснювати наукове пізнання у межах існуючих правових парадигм, а й реагувати на проблемні ситуації створенням нових.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ В УКРАЇНІ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ

Монастирський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Формування сучасної системи джерел права України супроводжується значною нормативно-правовою уніфікацією. Це пов'язано, насамперед, із приведенням внутрішньодержавних нормативно-правових приписів у відповідність з міжнародно-правовими стандартами, а також з необхідністю їх впорядкування у межах національної системи.

Питання нормативно-правової уніфікації не обділені увагою як вітчизняної, так і зарубіжної юридичної науки. Ці та інші питання знайшли своє відображення у працях: Бахіна С., Базедова Ю., Дороніної Н., Луць Л., Тіхомірова Ю., Топорніна Б., Ентіна Л. та ін. Проте, малодослідженими залишилися проблеми внутрішньодержавної нормативно-правової уніфікації в Україні.

Збільшення кількості та невпорядкованість нормативно-правових приписів у системі джерел права України, прогальність, конкурентність, колізійність та інші деформації суттєво знижують ефективність правового регулювання. Одним із способів підвищення ефективності правового регулювання є, як відомо, нормативно-правова уніфікація, під якою слід розуміти спосіб створення однакових (уподібнених) нормативно-правових приписів з метою забезпечення ефективного правового регулювання. Вона здійснюється суб'єктами правотворчості чи уповноваженими суб'єктами, є способом упорядкування нормативно-правових приписів, її метою є забезпечення ефективності правового регулювання, вона здійснюється за допомогою правових засобів (зокрема, джерел права), її результатом є уподібнення нормативно-правових приписів чи уніфікований акт. За просторовим критрієм нормативно-правову уніфікацію можна диференціювати на міжнародно-правову та національно-правову (внутрішньодержавну).

Національна нормативно-правова уніфікація застосовується при систематизації нормативно-правових приписів в межах окремої держави. Такий спосіб систематизації називається кодифікацією. При кодифікації в результаті змістовної переробки нормативно-правових приписів, пов'язаних спільним предметом правового регулювання, створюється єдиний кодифікований акт (кодекс), в якому об'єднуються нормативно-правові приписи, що раніше містилися в різних нормативно-правових актах, а також створюються нові нормативно-правові приписи.

В Україні за характером врегулювання суспільних відносин нормативно-правова уніфікація поділяється на матеріальну (уподібнене регулювання прав та обов'язків суб'єктів) та процесуальну (введення уподібнених процедурно-процесуальних правил). Серед двадцяти діючих кодексів України шістнадцять – матеріальні і чотири – процесуальні. Проте, необхідно зазначити, що досягненню мети нормативно-правової уніфікації не сприяють такі застарілі акти, як Житловий кодекс, Кодекс про адміністративні правопорушення, Кримінально-процесуальний кодекс, Кодекс законів про працю, які вже переобтяжені змінами та доповненнями та потребують нової редакції. У внутрішньодержавних межах здійснюється публічно-правова та приватно-правова уніфікація (за методом регулювання), результати якої фіксуються у кодексах та основах законодавства.

Засобом національно-правової уніфікації в Україні можуть бути також окремі закони. Необхідною умовою віднесення законів до уніфікованих актів є мета законотворчості – досягнення уподібненого правового регулювання певної сфери суспільних відносин за допомогою нового закону, замість кількох діючих законів та/чи підзаконних нормативно-правових актів. До таких законів можуть бути віднесені Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців» № 755-IV від 15.05.2003 року, який встановлює єдиний порядок державної реєстрації всіх суб'єктів господарювання незалежно від організаційно-правової форми; Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» № 1878-VI від 11.02.2010 року, який з першого січня 2012 року запровадить єдину уніфіковану обов'язкову процедуру державної реєстрації речових прав на нерухоме

© Монастирський О., 2011

майно, замість декількох нормативно-правових актів, що регулюють державну реєстрацію окремих речових прав (право власності, право користування, сервітут) на окремі види нерухомого майна (земельні ділянки, об'єкти нерухомості); Закон України «Про управління об'єктами державної власності» № 185-V від 21.09.2006 року, який встановлює загальні єдині засади управління державним майном та корпоративними правами, що належать державі у статутних фондах господарських організацій.

Приведення національної системи джерел права України у відповідність до міжнародно-правових стандартів також здійснюється завдяки, насамперед, нормативно-правовій уніфікації. Так, ст. 9 Конституції України передбачає, що міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою України, стають частиною національного законодавства.

На даний час Україна ратифікувала значну частину конвенцій Ради Європи переважно в гуманітарній та правоохоронній сферах, серед яких Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом, Європейська конвенція про дійсність кримінальних вироків, Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах та ін. Україною ратифікована Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, яка визначає юрисдикційний механізм захисту прав людини. Рішення Європейського суду з прав людини також є засобами нормативно-правової уніфікації, оскільки забезпечують однакове тлумачення та застосування норм Конвенції з метою дотримання правових стандартів в галузі прав людини всіма державами-учасницями. З метою забезпечення умов для реалізації норм Конвенції було прийнято Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» №3477-IV від 23.02.2006 року. Все це сприяє уподібненому правовому регулюванню у межах джерел права Ради Європи.

Хоча процес приведення у відповідність до стандартів Ради Європи національної системи джерел права також супроводжується низкою проблем. Так, часто ратифіковані Україною міжнародні договори дублюються в національних нормативно-правових актах, а непродубльовані норми не застосовуються взагалі. Наприклад, Законом України № 252-V від 18.10.2006 року ратифіковано Кримінальну конвенцію про боротьбу з корупцією, яка набрала чинності для України 01.03.2010 року. Водночас до набрання чинності цієї Конвенції в Україні були прийняті Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» № 1506-VI від 11.06.2009 року та Закон України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» № 1507 -VI від 11.06.2009 року, які по суті дублюють більшість положень Конвенції. При ратифікації конвенцій не визначена доля цих законів, дубльованих приписів, а у таких випадках замість досягнення мети уніфікації, скоріше виконуються політичні зобов'язання держави перед міжнародними організаціями.

Стосовно приведення законодавства України до правових стандартів Європейського Союзу, то Законом України 1629-IV від 18.03.2004 року було затверджено Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, якою передбачався комплекс організаційно-правових заходів, спрямованих на уніфікацію законодавства України та законодавства Європейського Союзу. В більшості випадків приписи Закону залишилися декларативними, незважаючи на те, що щорічно Кабінет Міністрів України затверджує план заходів, в тому числі правових, спрямованих на внесення змін до чинних та прийняття нових нормативно-правових актів, що відповідатимуть законодавству Європейського Союзу. Крім цього цей закон у значній мірі вже не відповідає Лісабонській угоді, яка набрала чинності як установчий (міжнародний, нормативно-правовий) договір Європейського Союзу.

Україна також приєдналася до багатьох конвенцій, укладених в рамках діяльності інших міжнародних організацій, таких як Міжнародна Торгова Палата, Всесвітня Організація Інтелектуальної Власності, FATF, Всесвітній Поштовий Союз, Гаазька конференція з міжнародного приватного права, Організація Об'єднаних Націй, Міжнародна Організація Праці, СНД тощо. У межах цих організацій здійснена ратифікація Женевської конвенції 1930 року про Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі, Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року, Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів 1971 року, Конвенції про договір міжнародного перевезення вантажу 1956 року тощо.

Необхідність уподібненого регулювання міждержавних відносин в умовах пожвавлення міжнародного товарообороту, зумовлює необхідність укладення великої кількості двосторонніх міждержавних угод, якими регулюються окремі сфери міждержавного співробітництва зокрема, запровадження спрощених митних процедур, обміну інформацією між різними відомствами обох держав, усунення подвійного оподаткування. Важливу роль при цьому відіграють договори про правову допомогу, якими регулюється порядок виконання рішень іноземних судових, правоохоронних та інших юрисдикційних органів іноземних держав, спрощуються чи усуваються вимоги стосовно легалізації документів, визначається правовий статус спадщини та ін. Так, наприклад, за рахунок укладення Україною договорів про правову допомогу, повністю скасовано вимогу стосовно легалізації документів у взаємовідносинах з низкою держав. Для використання офіційних документів на території таких держав суб'єктам міжнародних відносин достатньо зробити їх офіційний переклад.

Окрім конвенцій, інших міжнародних договорів, рішень інституційних органів міжнародних організацій, рішень міжнародних судових інстанцій, Україною також використовуються засоби договірної уніфікації. Так, типові умови поставок Інкотермс, розроблені Міжнародною Торговою Палатою, стали частиною національного законодавства України після їх включення до ст. 265 Господарського кодексу України та до Інструкції про порядок заповнення вантажної митної декларації, затвердженої Наказом Державної митної служби України № 307 від 09.07.1997 року (в новій редакції), як обов'язкової умови договору поставки.

Застосування засобів нормативно-правової уніфікації є ефективним способом попередження та усунення колізій, дублювань, зменшення надмірної спеціалізації нормативно-правових приписів та досягнення ефективного правового регулювання внутрішньодержавних та міжнародних відносин. Поряд з цим, необхідно зазначити, що у кожному випадку застосування нормативно-правової уніфікації потрібно визначити її доцільність, сфери правового регулювання та конкретні правові засоби, які підлягають застосуванню.

РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ ЯК СКЛАДОВА ФОРМУВАННЯ КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Мочульська М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правова доктрина як особлива юридична категорія перебуває у центрі уваги вітчизняних та іноземних науковців. Хоча у більшості випадків розгляд природи правової доктрини вичерпується лише вказівкою на те, що вона є джерелом права в англо-американській та релігійній правових системах. При цьому питання місця та ролі правової доктрини у процесі становлення та розвитку континентальної правової системи не одержало належної уваги вчених.

Правова доктрина потребує детального дослідження, оскільки вона є важливим засобом гармонізації правової системи, основою для тлумачення правових норм, виявлення та усунення правових колізій, одним із способів встановлення прогалин у законодавстві.

В науковій спільноті загальне визнання одержала думка про те, що правова доктрина не є джерелом континентального права. Проте правова доктрина в більшості держав, які відносяться до континентальної правової системи, хоча офіційно не визнається джерелом права, на практиці застосовується в такій якості. Перша спроба законодавчого закріплення правової доктрини в якості джерела права була зроблена у Швейцарії. У Цивільному кодексі цієї держави встановлені норми, які дозволяють органам застосування права у разі наявності прогалин у законодавстві виносити рішення на підставі робіт відомих вчених-юристів у галузі цивільного права. Таким чином, законодавець офіційно визнав той факт, що правова доктрина є джерелом права у Швейцарії. Звичайно мова йде про використання правової доктрини в якості додаткового джерела права у разі відсутності законодавчого регулювання того чи іншого питання.

В інших державах, що відносяться до континентальної правової сім'ї, правова доктрина також фактично використовується в якості джерела права, здійснюючи опосередкований вплив на процеси створення правових норм, їх тлумачення та застосування.

Особливе місце правової доктрини в системі джерел континентального права зумовлено поряд з іншими чинниками її роллю у процесі становлення та формування континентальної правової системи.

Багато дослідників зазначають, що головною умовою формування континентального типу правової системи став його органічний зв'язок з римським правом. Правова доктрина як юридичний феномен сформувалася ще у 750-350 рр. до н. е. у Давньому Римі. Юридичною діяльністю тоді займалася колегія понтифіків (жерців), яка по суті керувала всім юридичним життям Риму. Хоча ми не можемо говорити про існування на той час правової доктрини у сучасному розумінні, але в цей період розпочався процес виокремлення правової доктрини як самостійного джерела римського права. Римські громадяни за юридичними консультаціями зверталися до понтифіків, при цьому дотримувалися їх порад та використовували форми позовів, які вони складали та зберігали. При цьому понтифіки надавали поради не тільки звичайним римським громадянам, а і суддям при здійсненні ними правосуддя.

Фактично консультації понтифіків без державного визнання набували сили джерел права і були обов'язкові до виконання. Причиною цього слугував особливий священний статус понтифіків, їх авторитет як єдиних знавців права.

Консультації понтифіків мали доктринальний характер, оскільки вони понтифіки, не змінюючи законодавчий текст, здійснювали його інтерпретацію та пристосування до нових умов суспільного життя. В результаті їхньої діяльності створювалися коментарі, які слугували для навчання наступних поколінь понтифіків. Саме ці коментарі понтифіки використовували для надання юридичних порад особам, які до них зверталися.

Отже, з діяльності понтифіків, яка полягала в тлумаченні норм права, коментарях, усних юридичних консультаціях, складенні та збереженні форм позовів, розпочинається процес зародження правової доктрини.

© Мочульська М., 2011

Становлення правової доктрини як джерела права продовжилось у діяльності римських юристів. Не маючи законодавчої влади, римські юристи своєю консультаційною практикою безпосередньо впливали на розвиток права. Римські юристи у своїй практиці фактично створювали норми, які набували авторитетність, що межувала з обов'язковістю.

Підтвердженням цього можуть слугувати слова римського юриста Гая: «Цивільне право римського народу складається з законів, постанов сенату, указів імператора, едиктів тих посадових осіб, які мають право видавати розпорядження, та з відповідей знавців (права)».

Згодом відбулося офіційне визнання правової доктрини як джерела римського права, яке здійснив імператор Август, надавши юристам-науковцям право давати обов'язкові поради суддям при вирішенні конкретних справ (ius respondendi).

При цьому суди керувалися не тільки відповідями юристів, а і їх творами, що є ще одним підтвердженням використання правової доктрини в якості джерела права у Давньому Римі.

Як зазначає французький вчений Норбер Рулан, на всю імперію було відомо близько 30 імен юристів, чиї погляди і поради стали джерелом римського права.

У 426 р. н. е. імператор Валентіан видав закон «Про цитування юристів», в результаті чого держава офіційно визнала правову доктрину джерелом права.

Надалі процес становлення континентальної правової системи відбувався у результаті діяльності європейських університетів. Зокрема, деякі університети надавали офіційні консультації з приводу справ, надісланих їм судами.

Значний вплив на діяльність університетів мали школи глосаторів та постглосаторів, які тлумачили Дигести Юстиніана, вилучали протиріччя, заповнювали прогалини, а також пристосовували римське право до тогочасного життя.

Саме діяльність європейських університетів вплинула на подальший розвиток континентальної правової системи, а також застосування правової доктрини як джерела континентального права.

Згодом вплив правової доктрини значно знижується, правова доктрина поступається своїм місцем основного джерела континентального права закону. Однак на цьому розвиток правової доктрини не припиняється, вона й надалі виконує субсидіарну роль щодо закону як основного джерела континентального права.

Загалом, правова доктрина як особлива юридична категорія здійснювала значний вплив на формування основних правових систем сучасності, в тому числі й на формування континентальної правової сім'ї. На сучасному етапі правова доктрина зберігає своє значення у процесі розвитку континентального права шляхом впливу на правотворчість, правозастосування та правотлумачення у державах, що відносяться до континентальної правової системи.

Сьогодні в континентальній правовій системі правова доктрина в більшості держав формально не визнається джерелом права, однак фактично виступає додатковим джерелом права. Правова доктрина створює спеціальний категоріальний апарат юридичної науки, використовується у правотлумаченні, впливає на формування правосвідомості юристів, до правової доктрини зветаються юристи-практики при здійсненні ними своєї професійної діяльності тощо.

Особливий вплив правової доктрини на континентальне право визнається багатьма вченими. Фактичне використання правової доктрини як джерела права у багатьох державах континентальної правової системи зумовлює необхідність законодавчого закріплення меж, принципів та випадків застосування правової доктрини у континентальному праві , зокрема, шляхом регулювання процедури проведення науково-правової експертизи та застосування положень правової доктрини, які не знайшли свого закріплення у законодавчих актах, при тлумаченні та застосуванні права.

Необхідність законодавчого регулювання застосування правової доктрини також зумовлена ефективним використанням правової доктрини як основного джерела права в історії континентальної правової системи.

ПРАВОТВОРЧІСТЬ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СКАНДИНАВСЬКОГО ТИПУ: ПОРІВНЯЛЬНОПРАВОВІ АСПЕКТИ

Ничка Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтеграційні процеси у Європі характеризуються зближенням правових систем континентального, англійського та скандинавського типів, особливо, у межах регіональних міждержавних організацій. При цьому на національному рівні спостерігається уподібнення правового регулювання під впливом міжнародних правових стандартів, урізноманітнення системи джерел права, зростання питомої ваги джерел міжнародного права, що вимагає, зокрема, узгодження правотворчих процесів та джерел права на міжнародному та національному рівні.

Питання правотворчості у скандинавських правових системах висвітлюються як у вітчизняній, так і зарубіжній юридичній літературі, зокрема у працях таких учених, як М. Марченко, Ю. Тіхоміров, А. Саідова, Л. Луць, С. Шевчук, Jan Helgesen, Magnus Aarbakke, Rán Tryggvadóttir, Thordis Ingadóttir, Ulf Bernitz та ін. Проте, з огляду на останні тенденції розвитку та взаємодії європейських міждержавних та скандинавських правових систем малодослідженими залишаються проблеми визначення сфер і меж національної правотворчості.

Особливістю правових систем скандинавського типу є наявність ознак і континентального (ієрархічність нормативно-правових актів, поділ системи права на публічне та приватне право), і загального права (відчутна роль судової практики та правових звичаїв у системі джерел права). Крім того, скандинавським правовим систем притаманна як значна кількість уніфікованих між собою законодавчих актів, особливо у галузях приватного права (зобов'язальне, деліктне, морське право та ін.), так і високий рівень правової інтеграції з європейськими міждержавними об'єднаннями. В цілому правові системи даного типу характеризуються урізноманітненою системою джерел права, домінуюча роль у формуванні якої відводиться правотворчій діяльності органів законодавчої та виконавчої влади.

Основою дослідження правотворчості у європейських правових системах скандинавського типу служить загальнотеоретична модель правотворчості як різновиду юридичної діяльності правотворчого суб'єкта, що спрямована на створення (об'єктивацію) нормативно-правових приписів, їх зміну чи скасування. У її внутрішній будові можна виокремити мету, суб'єкт, об'єкт, правову активність та результат.

Правовий статус правотворчих суб'єктів, в тому числі обсяг їх правотворчих повноважень, у правових системах скандинавського типу базується на принципах розподілу влади та парламентаризму, що закріплені у конституціях скандинавських країн. Це дозволяє насамперед виокремлювати законотворчість, що здійснюється парламентом, та правотворчість органів виконавчої влади. Законодавча діяльність, яка полягає, зокрема, у внесенні змін до конституцій та виданні законів, належить до виключної компетенції парламентів. Враховуючи характерну для скандинавських країн парламентську демократію, що передбачає зокрема формування уряду парламентом, а також підзвітність та відповідальність уряду перед парламентом, роль виконавчої гілки влади у правотворчій діяльності є похідною (допоміжною). Правотворчість уряду або інших органів виконавчої влади дуже часто ставиться у залежність від наявності спеціального уповноваження у законі і контролюється парламентом.

Сфери законодавчої компетенції парламентів у країнах даної правової групи чітко не визначені. У конституціях скандинавських країн містяться лише вказівки на відносини, які в обов'язковому порядку повинні бути врегульовані законами. Разом із тим, для Данії та Фінляндії, які містять у своєму складі автономні території (відповідно, Гренландія та Аландські острови), має місце розподіл законодавчих повноважень із парламентами Гренландії та Аландських островів, що, зокрема, передбачено спеціальними законами (Законом про самоврядування Гренландії (2009) та Законом про автономію Аландських островів (1991)). Враховуючи похідний (допоміжний) характер урядової правотворчості, її сфери також значною мірою обумов-

© Ничка Ю., 2011

люються правотворчою діяльністю парламенту. Так, у конституціях Данії, Ісландії та Норвегії взагалі немає положень, які могли б бути безпосередньою підставою урядової правотворчості та регламентували її. Лише у Швеції та Фінляндії уряди можуть видавати нормативні акти як за уповноваженням законодавчих актів, так і безпосереньо на підставі конституцій. Проте, у конституціях цих країн чітко визначається підзаконний характер нормативних актів органів виконавчої влади, детально визначено та окреслено завдання органів виконавчої влади у сфері правотворчості та закріплено широкі можливості контролю парламенту над власною урядовою правотворчістю (Акт про форму правління Швеції (§ 7-14 Глави 8), Конституції Фінляндії (§ 80)).

Разом із тим, для Данії (§ 23 Конституційного акту Данії), Ісландії (стаття 28 Конституції Ісландії) та Норвегії (стаття 17 Конституції Норвегії) характерним є право глави держави або уряду за наявності відповідних обставин та при дотриманні певних умов видавати тимчасові закони або нормативні акти, що прирівнюються за юридичною силою до законів, та потребують подальшого схвалення парламентами. І лише у Норвегії акти делегованої правотворчості, видані Королем, мають нижчу юридичну силу, ніж закони, раніше прийняті парламентом.

Основні засади регламентації правотворчої діяльності вищих органів державної влади у скандинавських правових системах здійснюються безпосередньо в конституціях. Більш детальні положення щодо регламентації законотворчості містяться у регламентах парламентів (Фінляндія, Данія, Норвегія) або спеціальних законах (Ісландія, Швеція). Що ж стосується конституційної регламентації правотворчої діяльності органів виконавчої влади, то вона має місце лише у Швеції та Фінляндії.

Особливості правотворчих процедур вищих органів державної влади скандинавських країн полягають насамперед у їх широкому демократизмі, який проявляється зокрема в максимальному врахуванні позицій зацікавлених соціальних груп, конституційно закріплених можливостях опозиції впливати на розгляд та прийняття законопроекту (§ 12 Глави 2 Акта про форму правління Швеції, § 41 та § 42 Конституційного акта Данії), похідному характері урядової правотворчості від законотворчості парламенту, високому рівні контролю законодавчої гілки влади над урядовою правотворчістю. Так, у Швеції, Данії, Норвегії на стадії законодавчої ініціативи існує практика створення урядами так званих слідчих комісій, яким доручається детальне вивчення питань, з приводу яких ініціюється відповідний законопроект. Звіти комісій офіційно оприлюднюються, надсилаються зацікавленим організаціям і підлягають широкому громадському обговоренню, перш ніж будуть передані на розгляд парламенту у вигляді законопроекту.

Законодавчі акти у скандинавських країнах мають вищу юридичну силу. Разом із тим для скандинавських правових систем притаманні своєрідні традиції законодавчого регулювання суспільних відносин, що проявляються насамперед у сегментарному законодавчому регулюванні приватного права (відсутність кодифікації цивільного права) та широкому застосуванні консолідації у сфері публічного права (Закон про податки Норвегії, Кримінальний кодекс Данії, Кримінальний кодекс Норвегії, Закон про кримінальний процес Норвегії, Закон про адміністративне судочинство Данії тощо). Нормативні акти органів виконавчої влади носять підзаконний характер і видаються переважно на підставі спеціальних уповноважень, що містяться в законодавчих актах парламентів. Окрім видання актів нормативного характеру, розповсюдженою серед органів виконавчої влади сандинавських країн є практика видання інструкцій та циркулярів для нижчестоячих органів, що містять вказівки та роз'яснення щодо розуміння законів та використання владних повноважень.

Суттєвий вплив на розвиток правотворчості у скандинавських країнах завжди мало їх законодавче співробітництво, особливо у межах Північної ради, у формі правової уніфікації. Хоча, як зазначається у юридичній літературі, правова уніфікація в сучасних умовах у скандинавських правових сиистемах все більше здійснюється в рамках ЄС. Так, значна частина законодавчих та підзаконних актів у низці скандинавських країн є результатом виконання взятих на себе зобов'язань перед ЄС. Слід відзначити, що органи законодавчої та виконавчої влади скандинавських країн спільно відіграють активну роль у забезпеченні взаємодії міжнародного та національного права. Це, зокрема, проявляється у закріпленні в їх конституціях ряду механізмів, спрямованих на узгодження процесів національної та міжнародної правотворчості. На-

приклад, визначення питань, які не можуть бути предметом міжнародної правотворчості (§ 2 Глави 10 Акта про форму правління Швеції, § 94 Конституції Фінляндії), участь парламенту у ратифікації міжнародних договорів, що зачіпають сферу законодавства (§ 95 Конституції Фінляндії), обов'язок уряду постійно інформувати парламент чи його спеціальний орган (комітет, комісію) про стан зовнішньо-політичних відносин та обговорювати їх (§ 6 Глави 10 Акта про форму правління Швеції), розгляд парламентом пропозицій щодо правових актів, договорів чи інші заходи, які передаються в ЄС (§ 96 Конституції Фінляндії), активна участь парламентських делегацій у роботі таких міжнародних організацій, як Північна Рада, Рада Європи, ОБСЄ та ін.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що, не зважаючи на особливості, притаманні правотворчій діяльності у кожній правовій системі типу (переважно, процедурного характеру), правотворча діяльність у скандинавських правових системах є досить подібною. Разом із тим, вона характеризується рядом істотних особливостей, які вирізняють її, у порівнянні із правовими системами континентального та англійського типу (високий рівень демократизму правотворчих процедур, підконтрольність урядової правотворчості парламенту, конституційне закріплення механізмів спільної роботи уряду і парламенту над узгодженням міжнародного та національного права тощо).

ЗМІСТОВНІ ЗМІНИ В ЗАКОНАХ УКРАЇНИ ПІД ВПЛИВОМ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ

Онишко Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інтеграційні процеси, що суттєво впливають на зміну правового регулювання національних правових відносин, відображаються, насамперед, у законах. Так, закони України змінюються, зокрема, під впливом європейських правових стандартів, – норм та принципів, що зафіксовані у джерелах європейського міжнародного права і є обов'язковими правовими вимогами для держав-учасниць. Такі нормативно-правові та обов'язкові стандарти суттєво впливають на зміну змісту законів у національних правових системах.

Проблеми співвідношення джерел міжнародного та національного права не обділені увагою як вітчизняної, так і зарубіжної літератури. У юридичній науці досліджуються ті чи інші аспекти впровадження європейських правових стандартів, що, зокрема, відображається у працях: С. Глотова, С. Горшкової, В. Муравйова, М. де Сальвіа, І. Лукашука та ін. Проте, у вітчизняній юриспруденції малодослідженими залишаються питання змістовних змін, що відбуваються у законах України під впливом європейських правових стандартів. Так, під впливом європейських правових стандартів були прийняті новий Цивільний Кодекс України, Кримінальний Кодекс України, низка законів України.

Важливим етапом у трансформації законів України стало прийняття Закону України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» 2004 року. На першому етапі виконання Програми, затвердженої цим законом, пріоритетними сферами для адаптації були визнані: митне право, законодавство про компанії, банківське право, бухгалтерський облік компаній, податки, інтелектуальні власність, охорона праці, фінансові послуги, правила конкуренції, державні закупівлі, охорона здоров'я та життя людей, тварин та рослин, довкілля, захист прав споживачів, технічні правила та стандарти, енергетика (включно із ядерною), транспорт.

Аналіз законів України в контексті, наприклад, адаптації до стандартів ЄС фінансового законодавства, дозволяє прослідкувати такі зміни. У 2003-2004 рр. – запровадження змішаної системи оподаткування тютюнових виробів; покращення механізму адміністрування акцизного збору, обігу та цільового використання спирту етилового, впровадження спеціального режиму оподаткування податком на додану вартість діяльності у сфері сільського та лісового господарства. У 2005 році запроваджено низку пільг з оподаткування податком на додану вартість підприємств по виробництву автомобілі та ін. У 2006 році скасовано дискримінаційні ставки акцизного збору на імпортовану виноробну продукцію та ін. У 2007 році схвалено концепцію реформування податкової системи; підготовлено проект Закону України «Про страхування», доопрацьовано проект Податкового Кодексу України та ін. У 2008 році прийнято зміни до Закону України «Про ставки акцизного збору на тютюнові вироби», відповідно до яких підвищено ставки акцизного збору на сигарети без фільтру, цигарки тощо. У 2009 році підготовлено проект Податкового Кодексу України . У 2010 році прийнято Податковий Кодекс України.

Яскравим прикладом змістовних змін в законах України є приведення ст. 127 КК України у відповідність із Конвенцією проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження і покарання. Так, у Конвенції термін катування розуміється як будь-яка дія, якою будь-якій особі навмисно заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди.

© Онишко Є., 2011

До внесення змін ст. 127 КК України містила наступний припис: «Катування, тобто умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі», а після внесення змін – «катування, тобто умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб».

Прикладом формування нормативно-правових приписів у відповідності із європейськими правовими стандартами є положення Сімейного Кодексу України, що регулюють питання походження дитини, батьки якої не перебувають у шлюбі між собою. Ці приписи відповідають Конвенції по правовий статус дітей, народжених поза шлюбом. Щоправда, у 2009 році ця Конвенція була ратифікована Законом України «Про ратифікацію Європейської Конвенції про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом», спричинивши дублювання нормативно-правових приписів.

Але такі зміни спостерігаються не лише у законах України. Прикладом застосування європейських правових стандартів у вітчизняній юридичній, зокрема судовій практиці є Постанова Пленуму ВСУ від 27.02.2009 року №1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичних осіб, а також ділової репутації фізичних та юридичних осіб». Так, з метою забезпечення правильного та однакового правового застосування Пленум Верховного Суду Країни дає судам таке роз'яснення: «При поширенні недостатньої інформації стосовно приватного життя стосовно приватного життя публічних осіб вирішення справ про захист їх гідності, честі чи ділової репутації має свої особливості. Суди повинні враховувати положення Декларації про свободу політичних дебатів у засобах масової інформації (далі - Декларація), схваленої 12 лютого 2004 року на 872-му засіданні Комітету Міністрів Ради Європи, а також рекомендації, що містяться у Резолюції 1165 (1998) Парламентської Асамблеї Ради Європи про право на недоторканість приватного життя. Зокрема, у названій Резолюції зазначається, що публічними фігурами є особи, які обіймають державні посади і (або) користуються державними ресурсами, а також усі ті, хто відіграє певну роль у суспільному житті (у галузі політики, економіки, мистецтва, соціальній сфері, спорті чи в будь-якій іншій галузі).

Аналіз змін у законах України свідчить про суттєве наповнення їх змісту правовими положеннями, які відповідають аналогам, сформованим у джерелах європейського міжнародного права. Це позитивно з точки зору європейської ідентичності, дієвості у європейському правовому просторі. Водночас, цей процес відбувається дещо стихійно і породжує конкуренції, колізії та інші деформації у національній системі законодавства. А цього можна було б уникнути, створивши єдину програму адаптації законодавства України до європейських правових стандартів.

ДОБРОСОВІСНІСТЬ, РОЗУМНІСТЬ І СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНІ КРИТЕРІЇ ОЦІНКИ ДОТРИМАННЯ ЗАБОРОНИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ

Полянський Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У правозастосувальній практиці використовуються найрізноманітніші способи оцінки поведінки, що має ознаки зловживання правом. Найчастіше вживаються такі терміни та термінологічні вирази як: недобросовісність, нерозумність, несправедливість, суперечність меті, цілі, призначенню, соціальним функціям права (суб'єктивного юридичного права), його «духу» тощо. Усіх їх узагальнено можна назвати критеріями правозастосувального оцінювання дотримання заборони зловживання правом.

Діяння, яке за своєю сутністю є зловживанням правом, зазвичай вчинюється у межах формальних вимог законодавства чи інших джерел права. Відтак, кваліфікація такої поведінки як протиправної чи підставне застосування за її вчинення юридичної відповідальності здебільшого є нелегким, а інколи й практично неможливим завданням. Зважаючи на це, окрім позитивно-правової вимоги дотримання настанов формалізованого (об'єктивованого) права, потрібно застосовувати й інші, зокрема, природно-правові критерії. До останніх, насамперед, належать: добросовісність, розумність і справедливість поведінки суб'єкта суспільно-правових відносин.

Усі ці три правові категорії є тісно взаємопов'язаними, що можна помітити. Такий взаємозв'язок не лише відображений у відповідному (насамперед, цивільному) законодавстві, але й часто є об'єктом наукового аналізу, зокрема у межах дослідження категорії зловживання правом. В основному дискусії ведуться щодо співвідношення цих категорій, впливу на сутність одне одного, рівня їх взаємного проникнення та впливу на встановлення сутнісних характеристик зловживання правом. Ми притримуємось позиції, що більш ширшою правовою категорією є справедливість, яка й охоплює добросовісність і розумність. Спробуємо її обґрунтувати.

Насамперед потрібно сказати, що під поняттям добросовісності розуміється здійснення суб'єктом суспільно-правових відносин поведінки а) сумлінно та відповідно до власних потреб (інтересів) і б) морально, чесно, відповідно до існуючих соціальних та інших норм (у т. ч відповідно до встановлених норм права) та з урахуванням інтересів інших суб'єктів цих відносин (у т. ч. всього суспільства, держави). Також зауважимо, що розумність поведінки проявляється в адекватному збалансуванні (поєднанні, узгодженні тощо) як згаданих вимог совісті із вимогами моралі, чесності, соціальних та інших норм, так і власних інтересів з інтересами інших суб'єктів суспільно-правових відносин. І, нарешті, потреба у збалансовуванні інтересів різних суб'єктів суспільно-правових відносин лежить в основі справедливості (зокрема, її правового виду), а якщо точніше – походить саме зі справедливості. Відтак, ми припускаємо, що: *по-перше*, добросовісність та розумність є невіддільними одна від одної та взаємно проникають одна в одну; *по-друге*, справедливість є онтологічним джерелом справжньої добросовісності й розумності. *Третім* важливим висновком, який логічно витікає із двох попередніх, є те, що справедливість, порівняно з добросовісністю та розумністю, є оціночною категорією вищого (другого) рівня.

На підставі взаємопов'язаності добросовісності, розумності та справедливості може скластися враження, що вони всі рівнозначні, проте це не так. За допомогою добросовісності та розумності оцінюють, характеризують лише частину, певну якісну сторону поведінки, а справедливість охоплює її цілком (поєднуючи і першу, і другу). Тобто спочатку ми оцінюємо поведінку як добросовісну та розумну, і лише пізніше, на підставі поєднання цих оцінок, можемо сказати, що така поведінка є справедливою. Крім того, якщо добросовісність та розумність поведінки більше стосуються суб'єктів її здійснення, то справедливість – інших суб'єктів, врахування їхніх потреб (інтересів) та збалансування з власними. Можна припустити також і те, що добросовісність і розумність здебільшого зорієнтовані на процес здійснення певної поведінки, а справедливість, навпаки, – на результат такої поведінки та встановлення наявності балансу потреб (інтересів).

© Полянський Т., 2011

Тому справедливість є немовби «відірваною» від добросовісності та розумності, знаходиться дещо окремо, вище над ними.

Потрібно також звернути увагу на те, що не будь-яка добросовісна чи розумна поведінка є відразу справедливою в її правовому значенні. Лише деяка поведінка, котра є добросовісною чи розумною, одночасно є справедливою, але при цьому будь-яка справедлива поведінка є і добросовісною, і розумною. Поєднання у справедливості добросовісності та розумності впливає на змістовний об'єм першого і другого, звужуючи його через збалансування різних відповідних протилежностей. Під добросовісністю не розуміється будь-яка моральна, чесна тощо поведінка, так само як і під розумністю будь-яке раціональне збалансування цієї поведінки та відповідних потреб, але таке збалансування, котре відповідає усім принципам справедливої поведінки, зокрема у правовій сфері. Тому, між правовою справедливістю та добросовісністю і розумністю в їхніх об'єктивних аспектах не може бути суперечності, дві останні повністю включаються, є складовими частинами першої; лише у такому контексті можна ствердити, що і добросовісність, і розумність, є проявами справедливості, і, навпаки, справедливість – проявом добросовісності та розумності, тобто вони не лише взаємопов'язані, але й переходять одне в одного. Відтак, мабуть найбільш виправданим буде вжиття у законодавстві відповідних термінів у такому логічному порядку: а) добросовісність, розумність, справедливість, б) справедливість, добросовісність, розумність або в) справедливість (добросовісність, розумність); його ж слід дотримуватись і при науковому аналізі відповідних правових категорій.

Як можна було помітити із вживаних у літературі характеристик зловживання правом (за допомогою понять добросовісності, розумності та справедливості), найчастіше стверджується, що воно є лише недобросовісною або нерозумною поведінкою та рідше – несправедливою. Інколи можна зустріти й поєднання у характеристиці зловживання правом недобросовісності та нерозумності (без згадування справедливості).

Насправді всі ці три оціночні правові категорії при характеристиці зловживання правом є тісно взаємопов'язаними. Із вищенаведеного їх аналізу можна виснувати, що: а) недобросовісна чи нерозумна поведінка, котру ми кваліфікуємо як зловживання правом, завжди буде нерозумною чи, відповідно, недобросовісною, та, зрештою, і у першому, і в другому випадку – й несправедливою; б) несправедлива поведінка, котру ми кваліфікуємо як зловживання правом, завжди буде і недобросовісною, і нерозумною. Більше того, обґрунтовано довести, що конкретний випадок із практики, про котрий стверджується, що він є зловживанням правом, є недобросовісною поведінкою, можна лише після встановлення його нерозумності та несправедливості. Те ж саме стосується нерозумної чи несправедливої поведінки як характеристик зловживання правом. Зрештою, ми не відкидаємо можливості загальної (поверхневої) оцінки зловживання правом за допомогою лише однієї з відповідних оціночних категорій, однак навіть у цьому випадку потрібно завжди розуміти, що недобросовісна поведінка, котра є зловживанням правом, за своєю сутністю завжди є одночасно і нерозумною, і несправедливою (і так стосовно кожної з оціночних категорій).

Крім того, звернемо увагу й на те, що поєднання недобросовісності, нерозумності та несправедливості як оціночних характеристик певної поведінки автоматично не є свідченням того, що така поведінка є зловживанням правом. Для такого висновку потрібна наявність усіх інших ознак цього явища. Тому є важливою також наявність суб'єктивного юридичного права, недосконаліть нормативного формулювання якого дає можливість використати його на шкоду (на зло). Проте остання, вважаємо, *не може бути перешкодою для включення відповідних оціночних категорій до визначення (дефініції) зловживання правом* як це, наприклад, зробив В. Крусс, дійшовши висновку, що «...зловживання правом – … прямо чи опосередковано спрямоване проти цілей *справедливого* (конституйованого) порядку суспільних відносин…».

Підсумуємо. Для правозастосувальної оцінки дотримання заборони зловживання правом використовуються критерії, які умовно можна розділити на природно-правові і позитивістсько-правові. Перші пов'язані з використанням понять (а точніше їх протилежностей) «справедливість», «добросовісність», «розумність» та деяких інших, які виступають в ролі відповідних оціночних категорій; вони є тісно пов'язаними між собою, взаємно визначають одне одного, при цьому перше (справедливість) є більш загальним стосовно двох інших, будучи оціночною категорією другого (вищого) рівня.

ПРАВОТВОРЧА ТЕХНОЛОГІЯ: РОЗМЕЖУВАННЯ ВІД СУМІЖНИХ ПОНЯТЬ

Стецик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасних умовах правового розвитку українського суспільства як урізноманітнюється, так і ускладнюється правотворча діяльність. Так, в юридичній літературі обговорюється можливість правотворчості і судових органів. При тому, поглиблюється інтерес до правотворчих технологій, розробка яких сприятиме підвищенню ефективності та оптимізації судової правотворчості. А це можливо за умови загальнотеретичного дослідження категорії правотворчих технологій.

Ті чи інші загальнотеоретичні аспекти правотворчих технологій висвітлювалися у працях таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як С. В. Бахвалова, М. О. Власенка, Ж. О. Дзейка, А. М. Ілясова, В. М. Карташова, Т. В. Кашаніної, І. В. Колеснік та ін. Однак проблемні аспекти розмежування правотворчої технології від суміжних правових явищ залишаються невирішеними.

Природа правотворчої технології, а також її розмежування від суміжних понять, залежить від підходу до загальної категорії юридичної технології. У юридичній літературі сформувалося декілька підходів до розуміння юридичних технологій. Умовно їх можна назвати діяльнісним, доктринальним та нормативним.

При тому, в юридичній науці і надалі використовується традиційний термін «юридична техніка», зміст якого у багатьох авторів збігається із «юридичною технологією».

У межах діяльнісного підходу до юридичної техології проблемним видається розмежування правотворчої технології від самої правотворчості. Так, оскільки його автори зводять юридичну технологію до юридичної діяльності, то і правотворча технологія неодмінно ототожнюватиметься із правотворчою діяльністю, та не піддаватиметься розмежуванню від неї.

Автори доктринального розуміння юридичної технології роблять акцент на її науковому походженні і вбачають у ній лише певну систему знань про відповідні види юридичної діяльності. Тим самим видається ускладненим розмежування правотворчої технології від правотворчої методології як певної системи знань про правотворче пізнання.

Вчені, котрі заперечують необхідність введення у науковий обіг терміну «юридичні технології», настоюють на використанні лише поняття «юридична техніка». Таку позицію вважаємо науково застарілою та малопродуктивною. Необхідно зауважити, що значення, у яких вживається термін «правотворча техніка», вже досягнуло щонайменше чотирьох – як правотворчі засоби, як правотворчі процедури, як правотворчі правила, як відповідна наука та ін. А оскільки науковій термінології необхідна чіткість та визначеність, то доцільним видається доповнити використання терміну «правотворча техніка» більш адекватним терміном «правотворча технологія», який знімає таку багатозначність.

Крім того, замовчування потреби у застосуванні категорії юридичної (правотворчої) технології видається таким, що не відповідає сучасним тенденціям загальнонаукового розвитку. Так, у педагогіці вже із середини XX століття загальноприйнятними та стійкими є поняття педагогічної технології та педагогічної техніки. У філософії такий напрямок дослідження як філософія техніки вже давно переорієнтувався на філософію технології. А така наука як будівництво, напевне, була б неможливою без розмежування понять будівельної техніки та будівельної технології. Подібна ситуація була б у сфері комп'ютерних наук, які оперують поняттями і комп'ютерної техніки, і комп'ютерної технології. Таким чином, і в юридичній науці назріла потреба розмежовувати поняття юридичної (правотворчої) техніки та юридичної (правотворчої) технології та вживати їх у самостійних значеннях.

У юридичній літературі формується нормативний підхід до розуміння юридичної технології, який дозволяє чітко проводити розмежування правотворчої технології від суміжних понять – правотворчої техніки, правотворчого процесу, правотворчості та ін. Такий підхід умовно іменується нормативним остільки, оскільки у сутності як юридичної технології загалом, так і правотворчої технології зокрема, вбачаються певні правила юридичної діяльності.

© Стецик Н., 2011

Так, юридичну технологію можна визначити як вироблену наукою систему правил послідовного вчинення юридичних дій з оптимальним використанням юридичних засобів, дотримання яких є умовою досягнення якісного юридичного акту.

Відповідно до цієї загальної конструкції правотворча технологія являє собою сформовану наукою систему правил послідовного вчинення правотворчих дій з оптимальним використанням правотворчих засобів, дотримання яких є умовою досягнення якісного правотворчого акту.

Ознаками правотворчої технології є такі властивості: її змістом є взаємопов'язані та взаємоузгоджені правила правотворчої діяльності; виробляється юридичною наукою; встановлює послідовність вчинення правотворчих дій; визначає набір та порядок використання правотворчих засобів; її дотримання є гарантією (умовою) досягнення якісного правотворчого акту.

Варто зауважити, що як у юридичній, так і в правотворчій технології можна виокремлювати інструментальну (технічну), динамічну (процесуальну) та результативну (матеріальну) складові.

Інструментальна частина правотворчої технології визначає набір відповідних правових засобів, які використовуються для створення правотворчого акту. І вся сукупність відповідних правотворчих засобів формує собою поняття правотворчої техніки. При тому, правотворча технологія та правотворча техніка залишаються самостійними та цілісними правовими явищами.

Динамічний аспект правотворчої технології вказує на процесуальну сторону правотворчої діяльності та становить собою правила здійснення правотворчих дій. В той же час і під правотворчим процесом розуміють встановлений процесуальними нормами права порядок здійснення правотворчої діяльності.Тим самим процесуальна частина правотворчої технології тісно взаємодіє із поняттям правотворчого процесу.

Ці правові явища уподібнює те, що як правотворча технологія, так і правотворчий процес є відповідними правилами правотворчої діяльності. Однак, якщо правила правотворчого процесу завжди становлять собою процесуальні норми права, які є загальнообов'язковими і невиконання яких призводить до юридичних наслідків, то правила правотворчої технології можуть володіти і рекомендаційним характером, і їх недотримання не завжди тягне певні юридичні наслідки.

Звідси випливає, що ті правила правотворчої технології, які закрілені у процесуальних нормативно-правових приписах, належать до правотворчого процесу. Проте, не усі правила правотворчого процесу відображають правила правотворчої технології. Пов'язано це з тим, що не усі правила правотворчого процесу регулюють порядок здійснення правотворчих дій, а деякі з них встановлюють, наприклад, процесуальні принципи, гарантії, заходи юридичної відповідальності та ін.

Таким чином, правотворчу технологію та правотворчий процес можна розмежувати за правовою формою закріплення відповідних правил правотворчої діяльності.

Необхідно розмежовувати правотворчу технологію і від поняття правотворчості, адже у юридичній літературі наявні позиції, за якими правотворча технологія є певним якісним різновидом правотворчої діяльності. Варто звернути увагу на те, що хоч правотворча технологія тісно взаємодіє із правотворчістю, однак не виступає її частиною, не може зводитись до неї, і функціонує як автономне, паралельне та цілісне утворення.

Так, певні види правотворчості здійснюються і без використання відповідної правотворчої технології. Проте правотворча технологія може дотримуватися лише у певній правотворчій діяльності, без правотворчої діяльності відповідна її технологія існувати не може.

Правотворча технологія певного виду правотворчості може існувати, але в силу тих чи інших причин не здійснюватися у ній. Внаслідок її невикористання досягнення якісного результату правотворчості не гарантується, що часто призводить до правотворчих помилок.

Так само може існувати і правотворча діяльність без відповідної технології. Відсутність у певних видів правотворчої діяльності їх технологій можна пояснити відставанням її наукових розробок. Тому у багатьох випадках правотворчі технології формуються не шляхом наукових досліджень, а практикою – шляхом проб та помилок.

Таким чином, підвищення ефективності різних видів правотворчості можливе за умови поглиблених наукових розробок правотворчих технологій. При тому, важливим є їх розмежування від суміжних юридичних явищ.

ГРОМАДЯНСЬКІ ПРАВА ЛЮДИНИ В ПРАВОСЛАВНІЙ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ

Цебенко С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Громадянські (особисті, фізичні) – можливості людей, що характеризують їх фізичне і біологічне існування, задоволення матеріальних та духовних потреб. Вони походять від природного права на життя та свободу, яке від народження має кожна людина, і покликані гарантувати індивідуальну автономію і свободу, захищати особу від сваволі з боку держави та інших людей. Ці права дозволяють людині бути самою собою у відносинах з іншими людьми і державою. Громадянські права спрямовані, головним чином, на обмеження влади держави над людиною; вони пов'язані з обов'язком держави (державної влади) утримуватися від певних дій, але й також надавати певні гарантії реалізації цих прав. Основна частина громадянських і політичних права людини у всіх країнах не повинні мати суттєвої різниці.

Систему громадянських прав складають, зокрема, право на життя, на повагу до гідності людини, на свободу та особисту недоторканність, на недоторканність житла, на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, на невтручання в особисте і сімейне життя, на свободу пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, на свободу світогляду і віросповідання, право на безпечне довкілля (оскільки це право є спорідненим з правом на життя).

Всі помісні православні церкви найважливішим і найціннішим правом людини вважають право на життя, адже життя – це дар Божий людині. Під правом на життя слід розуміти захист людського життя з моменту зачаття, тобто мають на меті захист ембріона, а відповідно, церкви виступають за заборону абортів. На їх думку, людська істота починає своє життя з моменту зачаття, і з цього моменту воно є священне, оскільки володіє душею. Таким чином, людська істота є особистістю, створеною за образом Божим і, покликане до святості для вічного життя. Церква однозначно виступає проти всіх дій з людськими ембріонами, як аморальних по суті і насильницьких над людським життям, і вважає, що приватний сектор так само як державні інститути, повинні бути спрямовані на заборону будь-якого людського клонування і досліджень на ембріональних клітинах.

Ще одним моментом щодо права на життя є те, що церква виступає проти запліднення «ін вітро», вважаючи що це протирічить християнській моралі; і виступають проти використання практики сурогатного материнства.

Церква виступає за життя людини, засуджуючи різні форми раптового, жорстокого чи насильного позбавлення життя (злидні, голод, відсутність медичної допомоги та найпростіших лікарських засобів, війна, теракти, вбивства, аборти, евтаназія, смертна кара, самогубство тощо). Церква засуджує самогубство, бо той, хто покінчив з життям, не приносить себе в жертву, а нехтує життям як даром Божим. У зв'язку з цим неприйнятною є легалізація так званої евтаназії – сприяння відходу з життя людей, яке є поєднанням вбивства та самогубства. Також церква пропонує скасування смертної кари в країнах, в яких вона ще не скасована, а також скасування застосування всякого роду тортур.

Спорідненим з правом на життя є право на безпечне довкілля. Всі люди, в т.ч. політичні і релігійні лідери повинні подбати про те, щоб навчити любові та повазі до навколишнього середовища і не допустити панування над ним. Відповідно церква закликає захищати природу від екологічних небезпек та загроз. Православний погляд на навколишнє природне середовище виходить із віри в те, що світ створений Богом, а земля є священною. В буквальному розумінні навколишнє середовище – це те, що нас оточує, і люди нерозривно пов'язані з ним від народження до смерті. Люди оточені рідними, друзями, а також землею, повітрям, флорою і фауною. На першому місті у всіх політичних лідерів та простих людей повинно бути охорона і захист природи. Православне богослов'я вважає людину царем природи, але не тираном. Тво-

© Цебенко С., 2011

ріння (в т.ч. і навколишнє середовище) сприймається і розуміється як дар Божий, даний нам, щоб ми ділились ним з іншими. Правильною відповіддю людини на цей дарунок є добросовісне і відповідальне користування світом. Діяльність по захисту навколишнього середовища невід'ємна від людських відносин. По відношенню до природи ми можемо простежити відношення до інших людей. Готовність експлуатувати природу вказує на те, що люди готові миритися з людськими стражданнями, чи навіть свідомо їх спричиняти. Світ існує не для нашого споживання, а, скоріше, для того, щоб ми його берегли.

Щодо свободи віросповідання, то церква вважає що дар свободи вибору пізнається людиною, насамперед, у можливості обирати світоглядні орієнтири свого життя. На думку Російської Православної Церкви (далі – РПЦ), утвердження юридичного принципу свободи совісті свідчить про втрату суспільством релігійних цілей і цінностей. Неприйнятними для цієї релігійної течії є визнання «однаково істинними» всіх віросповідань. РПЦ вважає, що суспільство має право вільно визначати зміст і обсяг взаємодії держави з різними релігійними громадами залежно від їх чисельності, традиційності для країни або регіону, внеску в історію і культуру, від громадянської позиції; відповідно, при цьому повинна зберігатися рівність громадян перед законом незалежно від їхнього ставлення до релігії; принцип свободи совісті не є перешкодою для партнерських відносин Церкви і держави в соціальній, благодійній, освітній та іншій суспільно значущій діяльності.

Відстоювання права людей на вільне сповідання віри, на звершення молитви й богослужіння, на збереження духовно-культурних традицій, на дотримання релігійних принципів як у приватному житті, так і у сфері суспільної дії; турбота про тих, чиї права, свобода і здоров'я потерпають через вплив деструктивних сект; а також протистояння злочинам на ґрунті національної та релігійної ворожнечі є серед основних напрямів правозахисної діяльності РПЦ.

Приватне життя, світогляд і воля людей не повинні бути предметом тотального контролю. Православна церква вважає неприпустимими збирання, концентрацію і використання інформації про будь-які сторони життя людей без їхньої згоди. Лише у випадках, коли того вимагають захист Вітчизни, збереження моралі, охорона здоров'я, прав і законних інтересів громадян, а також запобігання або розкриття злочинів і здійснення правосуддя, збирання відомостей про людину може відбуватися без її згоди. Проте й у цих випадках отримання й використання інформації має здійснюватися відповідно до заявленої мети і з дотриманням законності. Методи збирання й обробки інформації про людей не повинні принижувати людську гідність чи обмежувати її свободу.

РПЦ в Основах вчення про гідність, свободу і права людини 2008 р. визначила основні напрямки правозахисної діяльності цієї релігійної організації, які здебільшого стосуються громадянських прав людини. Серед них, зокрема, є: 1) захист життя, вільного вибору і власності людей під час міжнаціональних, політичних, економічних і соціальних конфліктів; 2) недопущення тотального контролю над людською особистістю, над її світоглядним вибором і приватним життям через використання сучасних технологій і політичних маніпуляцій; 3) підтримка сім'ї в її традиційному розумінні, батьківства, материнства і дитинства; 4) турбота про повагу до гідності і прав людей, які перебувають у соціальних установах і місцях ув'язнення, з особливою увагою до становища інвалідів, сиріт, людей похилого віку та інших соціально незахищених людей.

Засудження з точки зору помісних православних церков отримують 1) повсякденне насильство; 2) релігійний, національний, племінний чи будь-який інший фанатизм; 3) військові конфлікти; 4) хижацьке ставлення людини до природного середовища; 5) тероризм; 6) вбивства; 7) знущання воєнних і терористів; 8) нерівність в розпорядженні природними і соціальними благами.

Деякі предстоятелі православних церков застерігають людину від надмірного свавілля, засуджуючи братовбивчі війни, голод і хвороби, нехтування людською гідністю, наявність розпусти, порушення єдності людського роду, відсутність любові, панування вигоди, і стверджуючи, що сама природа протестує проти таких зловживань.

ПРАВОТВОРЧІ ПОМИЛКИ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Янишина І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Система законодавства України на сучасному етапі формується під впливом, насамперед, європейських міжнародних правових стандартів і вже у значній мірі відповідає кращим європейським правовим надбанням. Поряд з цим, система законодавчих приписів переобтяжена великою кількістю змін та доповнень, а також правотворчих помилок.

Проблеми правотворчих помилок висвітлювалися у зарубіжній та вітчизняній літературі у контексті нормопроектування, правотворчої техніки та технології, закріплювались у працях: Надєєва Р., Полєніної С., Сирих В., Дзейко Ж., Керімова Д., Ющика О., Лашкова О., Євграфова П., Давидової М., Кашаніної Т. та інших. Проте, і дотепер, малодослідженими залишаються питання природи правотворчих помилок та особливостей законотворчих помилок у законодавстві України.

Поняття правотворчих помилок у науковий обіг введено нещодавно і воно по-різному розуміється. Одні автори трактують правотворчі помилки як правопорушення, інші як специфічний юридичний факт. Деякі автори розуміють правотворчі помилки як неправильне розуміння чи застосування засобів юридичної техніки.

У юридичній літературі правотворчі помилки диференціюють параметрами якості закону на: соціальні, політичні, юридичні; (С. Полєніна) за техніко-технологічними вимогами на: мовні (стилістичні, термінологічні, синтаксичні); логічні, гносеологічні.

Правотворчі помилки, які є наслідком неналежного застосування техніко-технологічних вимог є найбільш поширеними у законодавстві України. Зокрема, вони пов’язані з прогальністю, конкурентністю та колізійністю нормативно-правових приписів, дублюванням нормативно-правових актів, неналежною обґрунтованістю концепції нормативно-правових актів; порушенням стилю, логіки та граматики нормативно-правових приписів чи актів в цілому, документальним їх оформленням тощо.

Причини нормотворчих помилок можна розділити на дві групи: об'єктивні та суб'єктивні.

1). об'єктивні: динамізм правової системи України; багатоманіття і ускладнення правовідносин у житті суспільства;інтенсивний розвиток і оновлення законодавства України; різноманітні, а часто суперечливі інтереси різних верств населення тощо:

2). суб'єктивні: відсутність закріплення на рівні законів правил і засобів створення НПА; недостатній рівень правової культури і правосвідомості суспільства в цілому та нормотворця зокрема; не завжди високий професійний рівень підготовки НПА; ігнорування чи недотримання розроблених наукою і практикою правил і засобів створення НПА; існуючі протиріччя між наукою і практикою законодавчої діяльності та їх відірваність одна від одної; недостатнє використання потужного Апарату Верховної Ради України при створенні НПА; відсутність належної скоординованості дій суб'єктів законодавчого процесу; відсутність ґрунтовного і системного аналізу проектів НПА і їх співвідношення із іншими нормативно-правовими актами; відсутність державної концепції розвитку законодавства України; відсутність достатнього комплексу гарантій реалізації законів – економічних, політичних і інших; вплив правової демагогії; практична відсутність відповідальності суб'єктів у разі вчинення помилок при застосуванні правил і засобів нормотворчої техніки; недостатнє врахування досвіду інших держав щодо усталеної законодавчої практики; велика кількість НПА, які потрібно розробити; відсутність досконалих механізмів узгодження проектів нормативно-правових актів тощо.

Серед найбільш яскравих прикладів правотворчих помилок можна назвати такі. Наприклад, стаття 7 Закону України «Про звернення громадян» передбачає, що звернення, оформлені належним чином і подані у встановленому порядку, підлягають обов’язковому прийняттю та розгляду. При цьому забороняється відмова в прийнятті та розгляді звернення з посиланням

© Янишина І., 2011

на політичні погляди, партійну належність, стать, вік, віросповідання, національність громадянина, незнання мови звернення. Частина друга цієї статті є прикладом зайвої норми. Виключний перелік підстав відмови можна трактувати таким чином: можлива відмова з причин місця проживання, кольору волосся тощо.

А стаття 18 цього ж закону «Права громадянина при розгляді заяви чи скарги» передбачає, що громадянин, який звернувся із заявою чи скаргою … має право брати участь у перевірці поданої скарги чи заяви. Через свою неконкретність ця норма у реальній практиці не застосовуються. Словосполучення «брати участь у перевірці поданої скарги» є вкрай неконкретним і таким, що вступає у суперечність з іншими законами. Наприклад, особа подає скаргу прокурору на порушення закону при проведенні слідства. Яким чином у цьому випадку громадянин може брати участь у перевірці скарги?

Найбільш поширеними серед правотворчих помилок є конкуренції (одночасна дія несуперечливих приписів) та колізії між приписами. Серед конкуренцій часто спостерігаються такі види: між нормативно-правовими приписами міжнародних договорів та законів, між нормативно-правовими приписами законодавства та підзаконних актів, між кодексами та звичайними законами. Серед нормативно-правових колізій найчастіше зустрічаються розбіжності між нормами права та нормативно-правовими приписами, між нормативно-правовими приписами різних законів або між нормативно-правовими приписами в межах одного закону.

Так, наприклад, колізія між статтею 350 Цивільного кодексу України та статтею 146 Земельного кодексу України у частині визначення викупної ціни для земельних ділянок, щодо якої здійснюється викуп у зв’язку з суспільною необхідністю.

Прогальність спостерігається стосовно застосування статті 1177 Цивільного кодексу України, зокрема, щодо порядку відшкодування майнової шкоди, завданої фізичній особі внаслідок злочину.

Часто в законодавстві України спостерігаються логічні помилки (наприклад, у статті 165 Кримінального кодексу України), та граматичні помилки (наприклад, у статті 256 Кодексу України про адміністративні правопорушення, стаття 310 Кримінального кодексу України) та інші.

Аналіз сучасного законодавства України свідчить про необхідність виявлення основних типологічних правотворчих помилок з метою утворення системи засобів їх попередження та подолання, підвищення якості та ефективності національної системи законодавства.

КОДЕКСИ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Ясіновська А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ефективність національної правової системи у значній мірі залежить від якісної, дієвої системи джерел права, чільне місце у якій посідають кодекси.

Як відомо, кодекс – це кодифікований закон, приписи якого охоплюють основні параметри галузі чи інституту права та спрямовані на детальне і всестороннє правове регулювання відповідної групи суспільних відносин. Кодекс слугує узагальнюючою основою для інших нормативно-правових актів у відповідній галузі права та володіє пріоритетом при регулюванні суспільних відносин у межах галузі.

Проблеми кодифікації та кодифікованих актів не обділені увагою як вітчизняної, так і зарубіжної літератури, зокрема, вони висвітлювалися у працях: Кабріяка Р., Керімова Д., Рогача О., Рахманіної Т., Сільченка М., Тіхомірова Ю., Гетьман Є., Погорєлова Є., Ющика О. та інших. Проте, малодослідженими і дотепер залишаються питання юридичної природи кодексів, особливостей формування окремих їх видів та техніко-технологічних вимог.

У юридичній літературі висловлювалася думка про те, що кодекси – це базові закони, які виконують функції інтеграції у відповідних галузях законодавства (Тіхоміров Ю.) та займають пріоритетне місце у системі джерел права (Полєніна С.).

Часто у самих кодексах фіксуються положення про їх пріоритет щодо звичайних законів у межах галузі права. І це приймається як юридичною наукою, так і практикою. Проте деякі автори висловлюють міркування стосовно відсутності вищої юридичної сили у кодексах, так як за своєю природою вони є законами і приймаються у тій же процедурі, що й звичайні закони. А тому, для набуття ними вищої юридичної сили пропонується більш складний, ніж для звичайних законів порядок прийняття (Авдєєнкова М.).

Все це свідчить про існування низки проблем при формуванні кодексів, зокрема, стосовно їх значимості. При цьому дослідниками не завжди звертається увага на те, що значимість кодексів у системі джерел права визначається їх змістом та функційними властивостями.

Загальнотеоретичний аналіз кодексів дозволяє виокремити такі його ознаки як: високу стабільність; доступність та суспільну витребуваність у суб'єктів реалізації права; прийняття їх органом законодавчої влади; пріоритетність у системі нормативно-правових актів; регулювання широкого кола питань; наявність складної, логічно стрункої організації змісту; наявність високого рівня уніфікованості нормативно-правового матеріалу; засадничий характер у межах предмету правового регулювання; базовість щодо інших нормативно-правових актів у межах галузі права; наявність значної новелізації; охоплення основних параметрів галузі, інституту чи іншого системного утворення у межах предмету правового регулювання.

Все це дозволяє сформулювати поняття кодексу як закону, що охоплює основні параметри галузі, інституту чи іншого системного утворення в межах предмету правового регулювання і має у цих межах засадничий характер та пріоритет щодо інших нормативно-правових актів.

За обсягом регулювання суспільних відносин кодекси поділяються на галузеві (кримінальний кодекс, цивільний кодекс, цивільно-процесуальний кодекс); міжгалузеві (повітряний кодекс, кодекс торгівельного мореплавства); інституційні (митний кодекс, водний кодекс). За характером регулювання суспільних відносин: матеріальні (цивільний кодекс, кримінальний кодекс); процесуальні (кримінально-процесуальний кодекс, цивільно-процесуальний кодекс). Ефективному кодексу притаманною є узгодженість положень (відсутність суперечностей), текстуальна чіткість, лаконічність, структурна логічність, гнучкість, висока абстрактність (відсутність зайвої деталізації).

Сьогодні в Україні діє двадцять кодексів, з них шістнадцять – матеріальних (Бюджетний кодекс 2010 р., Водний кодекс 1995р., Господарський кодекс 2003 р., Житловий кодекс 1983 р., Земельний кодекс 2002 р., Кодекс законів про працю 1971 р., Кодекс про надра 1994 р., Ко-

© Ясіновська А., 2011

декс торгівельного мореплавства 1995 р., Кодекс про адміністративні правопорушення 1984 р., Кримінальний кодекс 2001 р., Кримінально-виконавчий 2004 р., Лісовий кодекс 1994 р., Митний кодекс 2002 р., Повітряний кодекс 1993 р., Сімейний кодекс 2002 р., Цивільний кодекс 2003р.) та чотири процесуальних (Господарський процесуальний кодекс 1992р., Кодекс адміністративного судочинства 2005 р., Кримінальний процесуальний кодекс 1960 р., Цивільний процесуальний кодекс 2004 р.)

На жаль, деякі вітчизняні кодекси діють ще з 1960-1990 рр. і дотепер не прийнята нова їх редакція, що змушує вносити велику кількість змістовних змін до них. Наприклад: до кодексу України про адміністративні правопорушення, який діє з 1984 р. і містить 212 статей, до яких внесено понад 350 змін та доповнень. Такий кодекс є актом низької якості та ефективності і знижує авторитетність та значимість кодексів у системі джерел права в Україні. Сотні нормативно-правових приписів змінені і у Кодексі законів про працю України 1971 р., Кримінально-процесуальному кодексі 1960 р.

Проте, зміни вносяться не лише до кодексів, які потребують нової редакції, але і до нових кодексів. Так, до Кодексу адміністративного судочинства України, який діє із 2005 р. вже внесено понад 30 змін та доповнень, а в Цивільний кодекс України, який діє із 2003 р. понад 50 змін.

Все це свідчить про те, що кодекси України є нестабільними, а їх прийняття не завжди відповідає техніко-технологічним вимогам. Насамперед, на це вказують правотворчі помилки: прогалини, колізії, конкуренції, пряме запозичення текстів іноземних кодексів (особливо російських). Наприклад: ст. 1120 Цивільного кодексу України калькована із ст. 1031 Цивільного кодексу Російської Федерації, ст. 1121 Цивільного кодексу України із ст. 1032 Цивільного кодексу Російської Федерації. Так, ст. 1120 Цивільного кодексу України «Обов’язки правоволодільця» фіксує наступні нормативно-правові приписи:

1. Правоволоділець зобов'язаний передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінформувати користувача та його працівників з питань, пов'язаних із здійсненням цих прав.

2. Правоволоділець зобов'язаний, якщо інше не встановлено договором комерційної концесії:

1) забезпечити державну реєстрацію договору;

2) надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників;

3) контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії.

А ст. 1031 Цивільного кодексу Російської Федерації «Обязаности правооблодателя» містить такі нормативно-правові приписи:

1. Правообладатель обязан передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав.

2. Если договором коммерческой концессии не предусмотрено иное, правообладатель обязан:

- ✓ обеспечить государственную регистрацию договора коммерческой концессии (пункт 2 статьи 1028);
- ✓ оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников;
- ✓ контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии.

Таким чином, необхідно констатувати, що для посилення ефективності кодексів України необхідно систематично проводити кодифікаційну роботу, яка має базуватися на знаннях об’єктивних закономірностей цього виду систематизації нормативно-правових приписів. І насамперед, необхідно виявити юридичну природу кодексів, виявити особливості окремих видів та техніко-технологічних вимог, що ставляться до такого виду кодифікованих актів. Крім цьо-

го, важливим є встановлення умов за яких приймаються кодекси, що дозволяє встановити чіткі межі прийняття таких кодифікованих актів, визначити їх значимість у системі джерел права України. Бажаним є і закріплення цих положень на законодавчому рівні, що формалізує вимоги до кодексів, як одного із важливих джерел права України, підвищує їх якость і ефективность.

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

БІОГРАФІЧНИЙ МЕТОД У ДОСЛІДЖЕННІ УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ

Андрусяк Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вивчення української правової думки передбачає використання широкого спектру методів з різних галузей гуманітарної науки. Становлення методології української правової думки, як окремої науки, на сьогодні знаходиться тільки на початкових стадіях формування. Ця ситуація не є чимось унікальним. Відбуваються процеси переосмислення методологічного інструментарію юриспруденції, історії, філософії тощо. Одним з стратегічних напрямів при цьому є все ширше використання однією наукою методів іншої науки, формування методології гуманітарних досліджень.

Одним з методів, який сьогодні широко використовується в дослідженні української правової думки фактично, є біографічний метод. Проте відсутнє осмислення його евристичного потенціалу, алгоритму застосування, співвідношення з іншими застосовуваними, при вивченні української правової думки, методами. Зазначений метод використовується в соціології, психології, літературознавстві, історії та інших науках. При цьому в кожній з цих наук він з'явився і розвивається достатньо самостійно. Переосмислення та творче використання можливостей цього методу, напрацьованих в різних науках, при вивченні української правової думки може бути плідним та ефективним.

Біографічний метод є широко використовуваним методом дослідження в науках про людину і суспільство, в основу якого покладено вивчення індивідуального життєвого шляху.

Початки застосування біографічного методу маємо в період античності. Найбільш відомим твором в цьому контексті є «Про життя, вчення і висловлювання знаменитих філософів» Діогена Лаєртського. О.Ф.Лосєв виділяє наступні характеристики цього методі у згаданій праці Діогена Лаєрція: а) він белетристичний, що, проте, не заважає формулювати характеристики, які, імовірно, відповідають історичній реальності; б) хронологічний, тобто подання історичних подій в їх часовій послідовності; в) описовий, що включає в себе наступні складові: 1) виключає будь-який критицизм; 2) не розрізняє історико-філософської думки від повсякденного життя та побутової поведінки філософів; 3) відсутність критичного підходу до використовуваних джерел, які часто суперечать один другому; 4) прагнення описувати все, без виділення ключових, важливих подій чи етапів, з перебільшеною увагою до дрібниць та деталей інтимного життя. Для правильного розуміння цього методу в зазначеній праці, важливе врахування історичного середовища перших століть нашої ери в Римі, його історична обумовленість. Написаний з використанням біографічного методу «Трактат Діогена Лаєрція заставляє нас задуматися про багато речей, а багато наший уявлень про античну філософію навіть в чомусь докорінно переглянути» (О.Ф.Лосєв). Застосування біографічного методу, зокрема, при аналізі історії ідей, започатковане в античному Риму присутнє на всіх етапах розвитку історії філософії, як науки, оскільки розвиток філософії зажди індивідуалізований.

В психології біографічні методи складають цілий комплекс способів дослідження, діагностики, корекції та проектування життєвого шляху особистості. Поява і розробка цих методів припадає на першу чверть XX ст. і пов'язується з іменем Шарлотти Бюлер. На початках застосування біографічних методів обмежувалося ретроспективним описом минулих етапів життя людини, або всього життєвого шляху історичних персонажів минулого. Пізніше біографічні методи почали включати також аналіз актуальних і передбачуваних в майбутньому подій (майбутня автобіографія, керована фантазія, графіки життя), а також дослідження кола спілкування (додаткові біографії, лінії відносин суб'єкта). Сучасні біографічні методи базуються на вивченні особистості в контексті історії та перспектив розвитку її індивідуального буття і взаємовідносин зі значимими іншими, спрямовані на реконструкцію життєвих програм і сценарі-

© Андруєяк Т., 2011

їв розвитку особистості, просторово-часової організації її ділового, сімейного, духовного життя, природного та соціального середовища. Використання біографічних методів передбачає отримання інформації, джерелом якої є автобіографічні методики (питальники, інтерв'ю, тести, спонтанні та спровоковані автобіографії), свідчення очевидців (опитування близьких людей, спогади сучасників), вивчення продуктів діяльності (контент-аналіз щоденників, листів тощо).

Біографічний метод застосовується також в психіатрії, як метод дослідження природи і патогенезу психічних розладів, а також індивідуальних особливостей психічної хвороби шляхом всебічного вивчення історії життя хворого і вплив на його розвиток різноманітних фізіологічних, психічних, конституційно-генетичних і соціальних факторів.

Застосування біографічного методу в літературознавстві полягає у вивченні творчості письменника, її характеру і напрямку через його біографію, факти особистого життя, своєрідність особистості, як визначальний момент творчості. Започаткував цей метод в першій половині XIX ст. Ш.О.Сент-Бев, який у своїх працях аналізує творчу індивідуальність письменників, їхнє життя, звички, «моральну фізіологію», навіть домашню обстановку, дрібниці повсякденного побуту. При цьому він також враховував соціальні та художні ідеї того часу в якому жив і творив письменник. Сьогодні цей метод посідає важливе місце в методології літературознавства.

В соціології біографічний метод використовується для опису типової структури життєвого шляху і особливостей колективної біографії окремих поколінь на основі аналізу соціально-історичних даних, т.зв. когортний аналіз. При дослідженні соціальних процесів еволюція певних соціальних груп, їх типових представників може бути ключовою для розуміння сутності цих процесів. Він також застосовується для реконструкції життєвого світу окремих індивідів на основі вивчення особистих документів (листування, щоденників. автобіографій, спогадів тощо). В соціології поява і використання вказаного методу завдячує У.Томасу та Ф.Знанецькому, авторам праці «Польський селянин в Європі і Америці» (1918-1920). Вони ствердили, що соціальні процеси потрібно розглядати як результат постійної взаємодії індивідуальної свідомості та об'єктивної соціальної реальності. У цій взаємодії особистість та її визначення реальності виступає і як постійно діюча детермінанта, і як продукт соціальної взаємодії. Відповідно, вивчення свідомості та самосвідомості – необхідна умова аналізу соціального світу. Крім того, вчені стверджували, що дослідження, яке базується на «історіях життя», дозволить вийти на більш широкі узагальнення, що стосуються різних соціальних груп.

Складовим елементом біографічного методу є документальний метод, суть якого полягає у визнанні документів основою та джерелом інформації. Він виконує роль допоміжного методу дослідження, який використовується для підвищення достовірності даних. Проте в історико-правових та юридичних дослідженнях він може виступати як самостійний метод дослідження. Документи розуміються в широкому значенні. Ними можуть виступати різноманітні архівні матеріали, рукописи, друковані видання, офіційні документи, як от, свідоцтва про народження, укладення шлюбу, про смерть, трудові книжки, депутатські мандати, членські книжки та посвідчення, особові справи, аудіо- та відеозаписи, фото, довідки державних органів та громадських організацій, надгробні плити, та будь-який інший матеріальний носій фіксації певної життєвої події, на якому закріплена інформація, яка стосується розглядуваної проблеми. При застосуванні вказаного методу виявляються обставини появи інформації, її зміст та відношення до цієї інформації певних осіб чи соціальних груп, передбачається відбір і співставлення отриманих даних. Деякі види інформації доступні тільки цьому методу, наприклад, судова практика, протоколи допитів, інші правозастосувальні акти; це можуть бути також глиняні таблиці, кам'яні плити чи папіруси з відповідними пам'ятками права чи правової думки.

Застосування біографічного методу передбачає врахування фактору суб'єктивності, який проявляється і в життєвому досвіді, і в поведінці, і в поступках, і в оцінках та висновках, і в світоглядній позиції. Проте «історія життя» однієї людини може стати основою для «реконструкції» внутрішньої динаміки розвитку будь-якого соціального процесу. Таким чином біографія окремої людини може бути джерелом значимої інформації для розуміння соціальних про-

цесів, явищ, ідей. Запорукою успіху в даному випадку буде: 1) співставлення «історії життя» однієї людини з історією держави, суспільства членом яких є ця людина; 2) розглядаючи біографію конкретної людини слід враховувати як внутрішню, так і зовнішню динаміку. Іншими словами, протягом життя змінюється сама людина, її думки погляди, ціннісні орієнтації, змінюються і зовнішні обставини, як от державно-правовий устрій, соціальні та економічні відносини; 3) аналіз, осмислення поведінки людини в тій чи іншій ситуації, відбувається через з'ясування мотивів її поведінки, світоглядних позицій.

Біографічний метод при вивченні української правової думки має евристичний потенціал при вивченні соціальної обумовленості життєвих цілей. Так, для з'ясування розвитку правової думки в період козацької доби важливо з'ясувати систему ціннісної орієнтації конкретних гетьманів, представників козацької старшини, які справляли визначальний вплив на формування цієї думки. Відповідь на питання про місце в системі соціальних і особистих цінностей конкретного представника еліти ідей рівноправності дасть змогу визначити і місце цих ідей в правовій думці цього періоду.

Оскільки поява прогресивних, новаторських ідей чи в правовій, чи в політичній, чи в економічній, чи в будь-якій іншій формі соціальних уявлень, як правило, пов'язується з конкретним виявом індивідуальної думки, яка матеріалізується в науковій праці, художньому творі, чи в будь-якій іншій формі, бо з'ясування життєвого шляху цієї людини, дає можливість з'ясувати джерела формування цієї ідеї, її місце в загальному процесі інтелектуального розвитку суспільства. При цьому поширення ідеї, її підтримка, розвиток, є справою ширшого кола осіб. Цю роль, в різні історичні періоди, виконують різні групи. Це може бути духовенство, козацька старшина, світська інтелігенція, адвокати, науковці та ін. Біографія конкретного представника цієї групи дає можливість з'ясувати світоглядні орієнтири, тип право розуміння та інші якісні характеристики цієї соціальної групи загалом. Це дає можливість також реконструювати соціальний досвід та його смислові структури, зокрема. колективну історичну, національну, політичну чи правову свідомість.

Біографічний метод тісно пов'язаний з біографістикою – галуззю науки, що вивчає діяльність окремих осіб у певному контексті. Розвиток української правової думки тісно пов'язаний з розвитком української юридичної біографістики.

ЕТИКО-ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ КРАЇН РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Балко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Західна правова традиція, яка відзначається високим рівнем правової культури, заснованої на принципах легалізму, пуританства і філософії природного права, поступово сформувалася і будується на римському приватному праві, канонічному праві та філософії природного права.

Сім'я як одна з найстаріших спільнот нині зазнає величезних змін. Ці зміни мають глобальний універсальний характер і пов'язані з руйнацією традиційних моральних цінностей і форм правового регулювання.

Крім того, сучасний етап підвищення рівня розвитку законодавства країн західної правової традиції, вимагає правової уніфікації національних законів. Важливо простежити елементи сучасного українського права, які поєднують правову систему України з романо-германським типом правової системи, та вказати подальші напрями розвитку у відповідності до правових принципів загальноєвропейського права.

Юридична сутність інститутів сімейного права в Римській державі досить широко висвітлена в працях таких дослідників як: Дж.Франчозі, А.І. Косарев, Д.В. Дождєв, Є.О. Харитонов, Б.Й. Тищик, Є.М. Орач та ін. . Становлення та розвиток правових систем сучасності досліджували: К. Цвайгерт, Х. Кетц, Г.В. Загрядский, Р. Давід, та ін. Порівняльно-правового аспекту шлюбно-сімейного законодавства європейських держав (Німеччини, Франції, Італії та ін.) у своїх дослідженнях торкнувся Г. К. Матвеев.

Втім слід детальніше дослідити закономірності та особливості формування та розвитку шлюбно-сімейного права за нормами законів сучасних європейських країн, що представляють романо-германський тип правової системи, (а саме: Французький цивільний кодекс 1804 р., Німецьке цивільне уложення 1900 р., Сімейний кодекс України, 2002 р.)

В моногамній сім'ї можна виділити три ідеальні історичні типи: патріархальний (традиційний), дітоцентристський (сучасний) і подружній (постсучасний). Патріархальний тип сім'ї, характеризується залежністю дружини від чоловіка і дітей від батьків. Суть патріархальної моногамії спрощено можна звести до двох принципів: жорстка статево-вікова субординація і відсутність індивідуальної виборності на всіх стадіях сімейного циклу.

Дітоцентристський тип сім'ї формується в Європі з другої половини XIX ст.; йому властиві підвищення ролі приватного життя, почуттєві сторони шлюбу та інтимності.

Подружній тип моногамної сім'ї зароджується в останні десятиліття; у такої сім'ї стратегічні відносини визначаються не спорідненістю (як у патріархальній) і не батьківством (як у дітоцентристській), а автономністю. Акцент на подружнє життя означає можливість більш повної реалізації особистісної взаємодії чоловіка і дружини, яка регулюється моральними принципами та іманентними цінностями.

Сьогодні терміном сім'я позначається конкретний соціальний організм, що складається з батьків і як правило дітей. Аналізуючи законодавство країн романо-германської правової системи, (зокрема норми Французького цивільного кодексу, 1804 р. та Німецького цивільного уложення, 1900 р.), можна сформулювати визначення, відповідно до якого сім'я розуміється як об'єднання осіб, пов'язаних між собою шлюбом, спорідненістю, відносинами усиновлення, взаємними правами та обов'язками, спільністю побуту, взаємною моральною відповідальністю та взаємодопомогою. Таке поняття сім'ї не обмежується відносинами заснованими лише на шлюбі, а охоплює інші фактичні «сімейні» зв'язки, якщо сторони проживають спільно поза шлюбом. Наприклад, ч. 4 ст. 3 Сімейного кодексу України, 2002 р. визначено, що сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства.

© Балко О., 2011

Наявність в країнах романо-германського типу правової системи (Франція, Німеччина, Україна) крім цивільної церемонії укладення шлюбу, релігійного обряду шлюбу, виражає традицію, що полягає у підпорядкуванні врегулювання шлюбно-сімейних відносин правовим нормам двоякого походження : як прояв вимог «людського права», шлюбний союз однаковою мірою підкорений приписам публічного і приватного права, як прояв вимог «божественного права», шлюб повинен відповідати вищим вимогам релігійного та морального характеру.

До початку XIX ст. відбулась ліквідація будь-якого впливу церкви на сферу шлюбно-сімейних відносин. Іншими словами секуляризація шлюбу, чим усувалось будь-яке втручання релігії в сферу правового регулювання шлюбних відносин. Шлюб як таїнство набув характеру юридичного договору.

Канонічне право і як і римське право виділяло етапи укладення шлюбу, одним з яких були заручини, що в сучасному законодавстві країн романо-германського типу правової системи носять формальний характер.

Сучасні французька та німецька законодавчі системи крім шлюбу, що укладається шляхом законодавчо-визначеної процедури виділяють поняття співжиття, що запозичене з поділу шлюбу в Давньому Римі на законний римський шлюб (matrimonium iustum) та незаконний (конкубінат), як стійке співжиття чоловіка та жінки з метою створення сім'ї. Аналіз ст.ст. 75, 76, 91 Сімейного кодексу України, 2002р., підтверджує висновок про правове врегулювання незареєстрованих шлюбних відносин.

Сучасне сімейне законодавство країн романо-германського типу правової системи доповнено правовим режимом роздільного проживання (сепарація). Інститут римського шлюбу не містив такого правового режиму, і його існування в країнах романо-германської правової системи, швидше за все пояснюється загальним впливом канонічного права, оскільки разом з визнанням шлюбу недійсним на основі відсутності згоди або перешкод, церква вирішувала також питання роздільного проживання подружжя, що називалось divortium. Особливість цього режиму в тому, що він не тягне розірвання шлюбу, але припиняє обов'язок спільного проживання та може бути підставою для розлучення за взаємною згодою або у випадку тривалості протягом законодавчо встановленого строку (ст. 296 Французького цивільного кодексу, 1804 р., ст. ст. 1566, 1567 Німецького цивільного уложення, 1900р., ст. 119 Сімейного кодексу України, 2002р.).

В Давньому Римі батьківська влада була особливим видом панування однієї особи над іншими, народженими від неї, або за законом прирівняними до законно народжених. Морально-релігійна ідеологія церкви також була спрямована на авторитет глави сім'ї. Починаючи з XIX ст. голова сім'ї з монарха перетворюється на годувальника. Урізноманітнюються права та обов'язки батьків стосовно дітей.

Виникнення батьківської влади в країнах романо-германського типу правової системи, інтерпретує давні традиції римського права та ґрунтується на презумпції батьківства стосовно дітей дружини або на визнанні батьком дитини чи то через суд, чи шляхом запису його як такого у відповідних документах про народження.

Сімейне законодавство країн романо-германського типу правової системи характеризує усиновлення як акт шляхом якого одна особа, що не походить за народженням від усиновителя, штучно стає під батьківську владу іншої. Зокрема, це підтверджується положеннями Розділу VIII Французького цивільного кодексу, 1804 р., ст.ст. 1754, 1755 Німецького цивільного уложення, 1900 р. та ст.ст. 207, 208 Сімейного кодексу України, 2002р., що визначають наявність такої підстави для виникнення батьківської влади, остання, як відомо, зародилася ще в римському праві.

Привертає увагу той факт, що в римському праві, зародилася та розвинулася цілісна система норм, понять та принципів, що сформували своєрідне юридичне мислення та специфічні правові інститути сучасного сімейного законодавства країн романо-германського типу правової системи.

Важливим ідеологічним фактором, що також вплинув на становлення та розвиток шлюбно-сімейних відносин в країнах романо-германської правової системи, була діяльність церкви, що з ранніх часів активно висловлювалась стосовно шлюбу і сім'ї.

Відновлення і дотримання етико-правових традицій у шлюбно-сімейних відносинах допомагає виявити сутність сучасного сімейного права України, сприяє глибшому розумінню призначення його інститутів в суспільному житті. Необхідним є вивчення та узагальнення досвіду правотворення в країнах романо-германського типу правової системи, з тим, щоб використати найкращі його здобутки у подальшому розвитку інститутів сімейного права в Україні.

СТАДІЇ УКРАЇНСЬКОГО КОПНОГО СУДОЧИНСТВА (XIV-XVIII СТ.)

Бедрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кожен вид сучасного процесуального права передбачає поділ провадження на певні стадії з відповідною формою та завданнями. Проте становлення стадій як інституту процесуального права було тривалим і складним процесом. Відтак значний інтерес становить історико-правове дослідження цього процесу, у тому числі розвиток стадій українського копного судочинства у XIV-XVIII ст. Особливістю цієї проблеми історії держави і права України є те, що формування та зміст кожної стадії копного судочинства визначалися не державними органами, а самим українським народом шляхом звичаєвого правотворення, адже копні суди були сільськими громадськими судами.

У попередників копних судів – вервних судів провадження не мало чіткого розмежування на стадії. Однак у копних судах це розмежування вже було присутнім. На цьому наголошували авторитетні правознавці, серед яких відомий вчений В. Кульчицький. Кожна стадія копного судочинства носила назву «копа». Залежно від справи, яку вирішував копний суд, їх кількість могла бути різною, проте загалом можна згрупувати та виділити три основні стадії копного судочинства: «гаряча копа» (розслідування злочинів), «велика копа» (судовий розгляд) та «завита копа» (виконання рішень).

«Гаряча копа» як стадія судочинства передбачала розшук злочинця, дізнання та попереднє слідство по справі. Кримінальний розшук здійснювався копними судами, передусім, шляхом гоніння сліду та зводу. Відмінність між ними полягала в тому, що при гонінні сліду копа йшла по слідах, а в зводі – за показаннями осіб, що володіли краденою річю. Важливе значення у копному судочинстві мало «поволання» - оголошення про злочин.

Під час розслідування злочину копні суди застосовували складну систему слідчих дій, які не втратили своєї актуальності в сьогоденні: обшук, огляд, допит тощо. Копний суд також застосовував ідентифікацію, в процесі якої тотожність встановлювалась шляхом візуального порівняння чи простого прикладання. Наприклад, зіставлення підошви взуття підозрюваного чи іншого предмету зі слідом, який було виявлено на місці злочину.

Якщо на трьох колективних допитах учасники копного зібрання заявляли, що вони нічого по справі не знають, а в позивача не було необхідних доказів, скликалась «присяжна копа». Позивач вибирав кілька чоловік із кожного села та зобов'язував присягнути, що вони злочин не вчиняли та не знають злочинця. Люди, які відмовлялись від присяги, визнавались винним у злочині. Коли ж усі приймали присягу за встановленими правовим звичаєм правилами, тоді провадження по даній кримінальній справі закривалось.

«Гаряча копа» (попереднє розслідування) завершувалась «даванням вини». Копний суд або особисто потерпілий на підставі зібраних у процесі слідства доказів звинувачували певну особу чи кількох осіб у вчиненні злочину . Після «давання вини» розпочинався судовий розгляд справи копним судом, тобто «велика копа».

Склад копного суду під час «великої копи» був структурованим. Загалом усіх учасників копного суду називали «копниками». Копні судді (їх кількість не була фіксованою та становила залежно від справи 10-20 осіб), що обирались населенням копного округу, були господарями домів і мали постійну осілість в околиці. Тільки вони мали право прийняти рішення по справі. Окрім копних суддів, на велику копу запрошували по одному-двох чоловіків з трьох сіл сусіднього копного округу. Вони мали назву в копному судочинстві «люди сторонні». У них не було права голосу, проте ці суб'єкти процесу слідкували за ходом судового розгляду. На засіданні копного суду могли бути присутні поміщики та державні чиновники, але також без права голосу. Решту копного зібрання становило селянство (громада), тобто публіка, обов'язкова участь якої в кожному засіданні копного суду максимально забезпечувала гласність судового процесу. Серед державних чиновників найбільш важливим правовим статусом

© Бедрій М., 2011

у копному судочинстві був наділений возний (до 1566 р. – виж), який брав участь у засіданнях копного суду, записував прийняті рішення та звітував про них у гродському суді.

Судовий розгляд («велика копа») відбувався на «коповищі». Коповища були незмінними протягом багатьох століть та визначеними звичаями громади місцями (зазвичай під відкритим небом) зібрань і засідань копних судів.

Копне судочинство носило змагальний характер, тому сторони процесу доволи свою правоту шляхом судових дебатів. Документи, що зберегли до наших часів відомості про діяльність українських копних судів, свідчать, що не тільки судді (що само собою зрозуміло), але й сторони та громада на суді під час процесу виявляли досконале знання українського звичаєвого права; сторони у процесі часто цитували звичаєво-правові норми, переказуючи їх зміст в стислих реченнях. Це свідчить про значний рівень правової культури українського селянства у XIV-XVIII ст.

Підсудний (відповідач) повинен був «вивід слушний із себе вчинити», тобто довести свою невинуватість у злочині. За заявами сторін копний суд прослуховував свідків, оглядав речові докази, місце події, проводив допити, у тому числі із застосуванням тортур («муки»). Коли за результатами судового розгляду одна із сторін була більш близькою до істини, копний суд зобов'язував її присягнути. Ці процесуальні дії можна згрупувати в етап судового слідства на стадії великої копи. Під час розгляду справи у копному суді розповсюдженною практикою були примирні процедури між сторонами.

Завершальною стадією копного судочинства була «завита копа». Її назва походила від слова «завити», що означало «закінчити». «Завитою копою» вважалось будь-яке засідання копного суду, на якому він виносив остаточне рішення по справі. За ідеальних умов згідно з українськими правовими звичаями стадія «завитої копи» була також стадією виконання вироку копного суду.

Рішення копних судів називались «декретами» або «сказаннями». Вони приймались після дослідження всіх наявних доказів і судового розгляду. Рішення копного суду приймались тільки копними суддями, хоча інші учасники копи також могли висловити свою думку з цього приводу. Копні судді разом повинні були дійти до спільного одноголосного рішення. Прийняттю рішення передувала нарада копних суддів. Копні декрети (рішення) у більшості випадків укладались в усній формі шляхом їх виголошення в присутності учасників копного процесу.

На українських землях під владою Великого князівства Литовського апеляційною інстанцією щодо рішень копних судів був суд намісника, а з 1564 р. - гродський суд. У гродських судах також могли бути оскаржені рішення українських копних судів Польського королівства та Речі Посполитої. Гродський суд був уповноважений підтвердити рішення копного суду, змінити чи скасувати його. Відомі випадки, коли рішення копних судів оскаржувались також у земських і каптурових судах. Український вчений І. Черкаський зауважив, що інколи траплялись випадки, коли рішення копного суду підлягали перегляду в другій інстанції домініальними судами. Очевидно, це було зумовлено процесами феодалізації та закріпачення селян, які особливо активізувались у XVII ст. В Українській державі Гетьманщині рішення копних судів могли бути оскаржені в сотенних судах.

Рішення копного суду могли бути оскаржені не тільки в державних судах. Як виняток із загальних правил копного судочинства, допускалась додаткова стадія копного процесу, яка носила назву «обча копа» (загальна копа), в якій брали участь жителі кількох сусідніх копних округів. Завданням «обчої копи» був перегляд рішення, прийнятого на «завитій копі». На цій надзвичайній стадії копного судочинства склад копного суду значно розширювався у порівнянні з «великою копою». «Обча копа» була надзвичайним зібранням, присутність на якому поруч з жителями копного округу, де справа розглядалась у першій інстанції, людей з інших копних округів забезпечувала неупередженість копного суду при перегляді судової справи у другій інстанції.

Копний суд був також і виконавчим органом, тому, як правило, сам виконував свої рішення. У вервному судочинстві Київської Русі та Галицько-Волинської держави існувала практика, згідно з якою потерпілий (позивач), який виграв справу у вервному суді, отримував право самостійно вчинити розправу над засудженим. Це було зумовлено переважанням приватного інтересу у вервному судочинстві. На початках формування й діяльності копних судів

на українських землях ця практика була збережена. Учасники «завитої копи» допомагали потерпілому виконати копний декрет. З часом роль публічного інтересу в копному судочинстві зростала, тому й копний суд надавав менше можливостей потерпілому для самостійної розправи над засудженим. При виникненні труднощів у виконанні свого рішення копний суд був уповноважений звертатись за допомогою до гродського суду. Також при ухиленні відповідача від сплати присудженої компенсації або штрафу копний суд мав право звертатись за допомогою до місцевого феодала, підданим якого був засуджений.

Під час «завитої копи» до засудженого в кримінальній справі могли застосовуватись тілесні покарання або смертна кара. Для цього кільком членам громади копний суд делегував функції ката. Крім того, члени громади інколи збирали кошти та наймали професійного ката. Серед тілесних покарань на «завитій копі» здебільшого застосовували побиття батогами. Визнання копним судом підсудного винним у вчиненні тяжкого злочину, як правило, мало наслідком смертну кару. Основними видами смертної кари в копному судочинстві на українських землях були: повішання на шибениці, спалення на вогнищі і четвертування.

Таким чином, перехід громадського судочинства на новий щабель еволюції у XIV ст. проявлявся, передусім, у тому, що у копному судочинстві формувались стадії процесу. Безперечно, ці стадії судочинства не цілком відповідають стадіям, які існують у сучасності, однак їх утворення здійснило значний вплив на розвиток українського процесуального права. Тому стадії та інші аспекти копного судочинства XIV-XVIII ст. є важливим правовим досвідом українського народу.

ДЕЯКІ ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ФОРМУВАННЯ ДЖЕРЕЛ ПРАВА У ГАЛИЧИНІ (XIV – ПЕРША ПОЛОВИНА XVI СТ.)

Бойко І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

До одних з маловивчених в історії держави і права України періодів становлення і розвитку джерел права на українських землях можна віднести період Середньовіччя, коли українські землі після занепаду Галицько-Волинської держави у 1349 р. пережили цикл політичних, економічних, правових та соціальних трансформацій, спричинених їх приєднанням до складу Польського Королівства та Великого князівства Литовського. Важливим чинником необхідності звернення саме до аналізу правового статусу українських земель у складі цих держав був інтенсивний розвиток джерел права, які регулювали суспільні відносини.

Певний інтерес викликає аналіз особливостей формування джерел права у Галичині в складі Польського Королівства (1349–1569 рр.). Як відомо, у 1349 р. Галичина була захоплена польським королем Казимиром III і вважалася його особистою вотчиною (“посіданням”). Протягом 1370–1378 рр. Галичина формально перебувала під владою польсько-угорського короля Людовіка Угорського, оскільки Угорське і Польське королівства були пов’язані між собою умовами Вишеградської угоди 1338 р. З 1349 р. по 1434 р. Галичина йменувалася “Руським Королівством” і мала територіальну адміністративно-правовою автономію, яку їй надавали польські королі як суверени цієї території. Автономність “Руського Королівства” виявлялася в тому, що в ньому діяли суспільно-політичний лад, джерела права, котрі сформувалися за часів Галицько-Волинської держави. Проте на підставі привілеїв польського короля 1430, 1434 рр. у Галичині було введено польську адміністрацію, адміністративно-територіальний поділ на воєводства та поширено чинність основних польських джерел права: Віслицький статут 1347 р., Повний звід статутів Казимира Великого 1420 р., Вартський статут 1423 р., Статут Яна Ласького 1506 р. та ін. У тому ж 1434 р. привілеєм польського короля було скасовано самоврядний статус Руського Короліства, а натомість створено Руське воєводство як складову Польського Королівства.

У Галичині XIV–XVI ст. відбулися значні зміни у правовому регулюванні суспільних відносин, пов’язані зі захопленням Галичини Польським Королівством у 1349 р. Особливістю правового статусу Галичини (1349–1434 рр.) стало співіснування та її території певного дуалізму правових джерел: колишньої Галицько-Волинської держави та Польського Королівства.

Правові джерела Галицько-Волинської держави та Польського Королівства мали спільні і відмінні риси. Правова система Польського Королівства сформувалася на основі польського звичаєвого права та під впливом західної традиції права, а правова система Київської Русі, Галицько-Волинської держави – на основі руського (українського) звичаєвого права та частково запозичень візантійського, а через нього і римського права. Польська влада після приєднання у 1349 р. Галичини не запроваджувала в повному обсязі свій державно-правовий лад тут до 1434 р., а правові відносини регулювали джерела права Галицько-Волинської держави: звичаєве право, “Руська правда”, грамоти галицько-волинських князів, маґдебурзьке право (вже діяло у м. Сянок від 1339 р.). Галицько-Волинська держава використала, в основному, джерела права Київської Русі. Правотворчість київських князів, функціональність руського звичаєвого права, рецепція візантійського, а через нього римського права, торговельні й політичні зв’язки Київської Русі з Візантією, Німеччиною, Францією позитивно вплинули на формування і функціонування права Київської Русі. Після її розпаду джерела права Київської Русі були покладені в основу правового регулювання суспільних відносин у Галицько-Волинській державі, яка не мала гострої потреби розвивати своє законодавство, оскільки джерела права Київської Русі відповідали соціально-економічним реаліям Галицько-Волинської держави. Проте, під впливом нових соціально-економічних, культурних і політичних відносин галицько-волинськими князями видавалися грамоти, які розвивали та вдосконалили чимало положень руського права. У цей час мала місце наступність у розвитку права Галицько-Волинської дер-

© Бойко І., 2011

жави, що передбачала зв'язок, наявність спільних рис у процесі становлення і розвитку правових норм, котрі їх не розмежовували, а об'єднували, робили подібними. Вияви наступності в праві Галицько-Волинської держави мали специфіку, оскільки визначальна роль в її забезпеченні належала наступності законодавства. Тому в нових правових джерелах Галицько-Волинської держави зберігалися основні риси, ознаки, властивості попередньої правової системи Київської Русі (звичаєве право, князівське законодавство, "Руська правда", канонічне право й інші джерела права, які відповідали новим соціально-економічним і політичним відносинам). Із викладеного випливає, що станом на 1349 р. на етнічних українських землях, введених до Польського Королівства, була сформована і функціонувала українська правова традиція. На думку професора О. Скакун "правова традиція – це сукупність глибоко укорінених протягом історії у свідомості людей уявлень про роль права в суспільстві, його природу, а також організацію і функціонування правової системи". "Усі змістовні характеристики вживання терміна "правова традиція", – як правильно зауважив Ю.Лобода, – відрізняються тим, що вказують на своєрідність правової системи, зумовлену її унікальним конкретно-історичним шляхом розвитку". Водночас ознаки, котрі визначають неповторність, особливість, оригінальність етнонаціональної організації, розглядаються передусім як етнічні.

До найпоширеніших норм руського (українського) звичаєвого права, що діяло в Галичині у перші роки її перебування під владою польського короля Казимира III, належали норми, які регулювали порядок окремих процесуальних дій в українських селах під час здійснення копного судочинства. Авторитет звичаєвого права у Галичині, до її насильницького приєднання польським королем у 1349 р. і до поширення польського права у 1434 р., був обумовлений архаїчним, консервативним характером українського звичаєвого права, що сприяло захисту староукраїнських традицій правового ладу від невиправданих змін або накидання чужих правових норм. Українське звичаєве право зберігало дух, ідеологію народного права, у ньому віддзеркалювався рівень розвитку правової культури того часу. Українське звичаєве право не сприяло радикальним змінам, котрі ініціювалися польськими королями у Галичині до 1434 р. Важливим писаним правом в українській Галичині в складі Польського Королівства була, як уже згадувалося, "Руська правда".

Джерела права в Галичині в складі Польського Королівства зазнавали запозичень принципів та ідей польського права. Проте ці запозичення не змінювали правової ідентифікації українців, оскільки право Польського Королівства було орієнтоване на європейське, давньоримське право, тобто європейську правову культуру. Українська правова традиція ще до приєднання Галичини в склад Польського Королівства у попередні історичні епохи зазнавала впливу візантійського, а через нього і римського права.

Серед деяких вітчизняних правознавців дискутується питання про те, яку роль відіграло візантійське право у формуванні правової культури і права України. Так, на думку М. Кармазіної, на духовно-культурну традицію України вплинув візантійський Схід (особливо після прийняття християнства), а на суспільно-політичні і правові структури – латинський Захід з визначальною роллю реципованого римського права. На думку сучасного українського правознавця, найавторитетнішого дослідника римського приватного права Є.О. Харитонова, розкриття ступеня впливу на становлення української правової культури як римського, так і візантійського (канонічного) права можливо у контексті поділу правових традицій в Європі на східну і західну, а західної традиції, в свою чергу, на дві лінії: римську і візантійську. Ознаками східноєвропейської традиції (при орієнтуванні в основному на російську правову систему), на думку вченого, є: перевага колективних (общинних) інтересів над індивідуальними, нерозвиненість інституту приватної власності, панування регламентаційної соціальної етики і християнської релігії. Західну правову традицію, вважає професор Є.О. Харитонов, відрізняє те, що вона має могутній інститут власності, індивідуалістичну соціальну етику і світський характер влади; входить коріннями у римське приватне право і зберігає його вплив, а також вплив канонічного права.

Загальновідомо, що правові системи більшості європейських країн були сформовані зі значним впливом римського права. Упродовж історичного розвитку, внаслідок комплексу історичних і політичних чинників, територія України в період до Київської Русі мала зв'язки з Римською імперією (і зі східною, і зі західною її частинами). Східна частина Римської імперії

перетворилась на Візантійську імперію, правова система якої, безперечно, ґрунтувалася на римській правовій традиції. Крім того, значно вплинула на українські землі й західна традиція права, яка через німецьке (маґдебурзьке) право поширювалась у Галицько-Волинській державі. Визначивши вплив римського права на формування української правової традиції, можна визначити напрям зв'язків між правовими системами України та Римської імперії, а через останню – з країнами Європи.

Як відомо, перші значні контакти Візантійської імперії з нашою державою почалися в період створення Київської Русі і досягли найбільшої активності в другій половині X – першій половині XII ст. На думку прихильників "візантивізму", культура Київської Русі здебільшого була зорієнтована на східноєвропейську цивілізацію, тобто візантійську. Прийняття християнства як державної релігії в Київській Русі, сприяло вирішальному впливу візантійської правової культури на формування культури і права України. Відома дослідниця візантійського права Є.Ліпшиц вважала: "Візантійське право було однією з найяскравіших сторін візантійської культури, і за силою впливу на культуру інших народів Середньовіччя воно може порівнюватись хіба що з візантійським мистецтвом і архітектурою". Проте стверджувати про вирішальний вплив візантійської правової культури на формування правової культури і права України буде перебільшенням. Ми поділяємо позицію М. Козюбри та О. Лисенко, що в епоху існування Київської держави, на життя якої вплив візантійської культури (особливо після запровадження християнства) справді був досить відчутним, даньоруське світське право менше зазнало такого впливу. Це пояснюється, по-перше, тим, що до запровадження християнства на території Київської Русі вже діяла самобутня система місцевого звичаєвого права, яка в силу консервативності, властивої звичаям взагалі, чинила настирливий опір чужорідному правовому впливу. По-друге, візатійське право було надзвичайно суперечливим синтезом ідеологічних догм, які виправдовували тиранію і насильство над людьми в ім'я самодержавної влади, і водночас досить розвинених і благопристойних юридичних форм.

Цікавими були міркування М.Чубатого стосовно неоднозначності впливу візантійського права в Київській Русі, а також про міцні правові традиції, сформовані київськими князями. Так, М.Чубатий справедливо стверджував: "Рецептоване візантійське право збагатило українське право новим правовим поняттям, а через поширення по Україні чужих збірників права право уодностайнилося; треба підкреслити, що кожна земля мала своє звичаєве право, кожне плем'я на Русі мало свій обичай, доперва введення чужих збірників, а рівночасне поширення з ними "Руської правди" як збірника українського права надало цілій Київській державі право спільне для всіх земель. Все-таки на Заході рецепція чужого римського права оставила на собі глибинніші сліди, чим у нас, приміром у Німеччині, римське цивільне право зовсім виперло германське німецьке право. У нас рецепція чужого права (візантійського) так сильно не зазначилася, а зміни були незначні і то лиш конечні. Завдячити треба сильному прив'язанню слов'янського елементу до свого звичаєвого права і консерватизмові українських племен". З цього випливає, що, на відміну від держав Західної Європи, зокрема Італії, Франції, Німеччини, в Україні за Київської Русі процес рецепції візантійського, а через нього римського права здійснювався на перших етапах не так активно і тому не набув такого поширення, як у цих державах. До того ж, на думку львівського правознавця А.Федущак-Паславської, це була "переважно, не пряма, а похідна рецепція, тобто нормативні акти, відображали рецептовані іншими державами норми, ідеї, засади римського права". На думку професора О. Скакун у такому разі необхідно "говорити про аккультурацію давньоруської народності, тобто взаємодію між візантійською і давньоруською культурами, коли давньоруська культура запозичала елементи культури у Візантії і в результаті в ній відбувалися певні зміни". Професор О.Ф. Скакун має рацію, оскільки взаємовплив візантійського і руського права простежується у руськовізантійських договорах 907, 911, 944, 971 рр., де були посилання і на норми візантійського права (тобто візантійські переробки римського права), і на "закони руські", що засвідчило взаємозв'язок правових систем Київської Русі й Візантійської імперії у цей період.

Важливим джерелом права Галицько-Волинської держави було німецьке (маґдебурзьке) право, яке почало формуватися з 1188 р. у м. Маґдебург й у XIII ст. поширилося на інші німецькі землі, а далі – на міста Польщі, Литви, Чехії, Галицько-Волинської держави, Угорщини. Німецьке (магдебурзьке) право під час формування зазнавало впливу західної традиції права,

тобто римського права. Згодом німецьке (маґдебурзьке) право поширилося у Галицько-Волинській державі (Сянок, 1339 р.). Це стало наслідком загальноєвропейського розвитку міст, який європейські дослідники називають "міською революцією Європи". Галицько-Волинські володарі закликали німецьких переселенців задля розбудови міст і нарощування темпів їх економічного розвитку, створення оборонних споруд, а також значну увагу приділяли правотворчій діяльності. Можна допустити, що переселення німецьких колоністів у Галицько-Волинську державу спричинило необхідність врегулювати їх відносини. Привезені німецькими переселенцями "права" сприяли, зокрема, рецепції римського права. Особливості цієї рецепції полягали у тому, що вона здійснювалася через посередництво джерел права Київської Русі, яка своєю чергою значно раніше зазнавала впливу візантійського (опосередкованого – римського) права через руcько-візантійські договори.

Отже, можна стверджувати, що в Київській Русі, а відтак у Галицько-Волинській державі, зокрема і в Галичині – складовій цих держав, відбувалася опосередкована рецепція візантійського, а через нього римського приватного права, позитивно впливаючи на вдосконалення правових систем цих держав, зближення тогочасної України до західноєвропейської цивілізації. Однак татарське нашестя, захоплення і розчленування українських земель перервало не лише процес державно-правового розвитку українського народу, а й повноцінну рецепцію римського приватного права. Станом на 1349 р., тобто на час приєднання Галичини до складу Польського Королівства, руський (український) народ уже мав власні традиції формування держави та правотворення європейського зразка. Зокрема, тут діяли звичаєве право, Руська правда, Грамота князя Івана Берладника 1134 р., Рукописання князя Володимира Васильковича 1287 р., Уставна грамота князя Мстислава Даниловича 1289 р. Ставши складовою частиною Польського Королівства, Галичина не мала перспектив для свого самостійного правового розвитку. Інтеграційні процеси в усіх сферах суспільного життя призвели до наближення права руського, яке діяло в Галичині, до права польського, що призводило до поступового стирання межі між правосвідомістю руських (староукраїнців) і поляків. Правда етнопсихологічні особливості кожного з народів не могли призвести їх до повної втрати своєї неповторності, культурної ідентичності.

АВСТРІЙСЬКА КОНСТИТУЦІЯ 1850 РОКУ

Гриб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розбудова Української держави потребує не лише осмислення закономірностей її розвитку у сучасний період, а й об'єктивного наукового аналізу історичного досвіду. Саме тому нині зростає значення досліджень історії національної державності і права. Насамперед це стосується проблем, розв'язанню яких у попередні десятиліття приділялася недостатня увага. З'ясування специфіки генезису та подальшої еволюції ідеї українського державотворення у Галичині в історично насичений період середини XIX століття дає змогу більш повно реконструювати розвиток теорії і практики українського державотворення загалом та врахувати набутий досвід у процесі розбудови сучасної української держави та громадянського суспільства.

У досліджуваний період Галичина і Буковина були приєднані до Австрійської монархії, де діяв принцип централізації державної влади. Створений у Галичині і Буковині адміністративний апарат підпорядковувався центральному урядові, а його методи діяльності повністю відповідали тогочасним традиціям австрійського абсолютизму. Органи самоврядування перебували під контролем державних органів і не мали реальної самостійної влади. Деякі демократичні методи управління Галичиною почали запроваджуватися тільки після буржуазно-демократичної революції 1848 р.

У березні 1849 р. молодий австрійський імператор Франц-Йосиф розпустив парламент та "дарував" Австрійській імперії нову антидемократичну так звану "откройовану" Конституцію. Вона створювала централізовану державу, в якій вся повнота виконавчої влади була зосереджена в руках імператора і його міністрів.

Березнева Конституція складалася з двох частин: цісарського патенту про Конституцію для Австрії та патенту про політичні права, гарантовані конституційним устроєм держави.

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

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

Березнева Конституція 1849 р. у 77-й статті проголошувала, що всі австрійські коронні краї одержать свої крайові конституції. Для Галичини крайова Конституція була видана патентом імператора від 29 вересня 1850 р. "Откройована" Конституція для Галичини ділила її на три округи: Краківський, Львівський та Станіславський, які повинні були очолювати крайові президенти підлеглі галицькому намісникові.

Крайова Конституція для Галичини налічувала 82 статті і складалася з таких розділів: "Про край" (ст. 1–6); "Про крайове представництво взагалі" (ст. 7–9); "Склад крайового представництва" (ст.10–55); "Компетенція крайового представництва" (ст. 56–81); "Кінцеві положення" (ст. 82).

Згідно даної Конституції Галичина була коронним краєм Австрійської імперії. Українці, поляки та інші громадяни, які проживали на даній території були рівними, мали право на збереження національної мови. Народ отримав право брати участь в правосудді.

Крайовою Конституцією визначались питяння, які відносились до державних питань.

Так, відповідно до ст. 9 «откройованої» Конституції до держаних питань Конституція відносить наступне: 1) всі розпорядження відносно державного планування використання та

© Гриб Н., 2011

охорони природніх ресурсів, благодійних закладів країни; 2) видання розпоряджень відносно місцевого самоврядування, питанням релігії, армії та іншим питанням.

Крайове представництво за Конституцією повинно було складатися з трьох сеймових курій: Львівська – 50 депутатів, Краківська – 58 депутатів, Станіславська – 42 депутати (ст. 11-14). Депутати обиралися прямими виборами на строк шість років при наявності майнового цензу. Пасивне виборче право надавалося з 30-річного віку. Для того щоб бути обраним до Парламенту необхідно самому мати право голосу між виборцями адміністративного округу, залишатися як мінімум 5 років з дня виборів бюргером Австрійської Імперії, володіти в повному обсязі своїми громадянськими і політичними правами (ст. 16-20).

Згідно ст. 24 Конституції сеймові курії щорічно скликалися імператором у листопаді, тривалістю чотири тижні, проте курії Парламенту не можуть скликатися одночасно з Імператорським сеймом. Імператорові належало право розпуску курій. Всі депутати одної курії формували так звані «Збори».

Відповідно до ст. 30 Конституції кожна сеймова курія більшістю голосів обирала голову (офіційно він йменувався президентом) і його заступника терміном на три роки. Компетенція курій зводилася головним чином до питань господарського характеру, і їхні рішення вимагали санкції імператора. Внаслідок цього вони одержували статус крайового закону в справах, які перелічені в крайовій Конституції (ст. 61).

Для прийняття рішення необхідна присутність в кожній курії більшість конституційних членів, а для набрання законної сили рішення необхідна абсолютна більшість голосів присутніх (ст. 33).

Конституцією надано імператорові право на закриття засідань парламентських курій та в будь-який час видавати розпорядження про розпуск одної чи всіх курій Парламенту (ст. 37).

Виконавчим органом усіх трьох курій був спільний Крайовий виділ (комітет) у складі 15 членів, обраних порівну куріями. Члени комітету зобов'язані були проживати у Львові і з свого середовища обирали голову. Крайовий комітет поділявся на три фракції, кожна з яких охоплювала членів комітета від тої парламентської курії, від якої вони були обрані ст. (39-43) [4, с.1758-1759].

Відповідно до ст.ст. 46-55 Конституції спільним законодавчим органом усіх трьох округів Галичини був Центральний виділ у складі 33 членів (15 членів Крайового виділу і по шість депутатів від кожної курії). Компетенція Центрального комітету зводилася до розгляду питань, які конституція вважала спільними для всього краю.

Центральний комітет скликався та розпускався імператором. В патенті на скликання комітета вказуються проекти, які підлягають обговоренню, а також строки сесії.

Засідання центрального комітету публічні, за виключенням тих випадків, коли президент або як мінімум 3 члени вимагають закритого засідання, при цьому центральний комітет виносить рішення.

Для прийняття рішення в центральному комітеті необхідна присутність 2/3 його членів, серед яких повинно бути мінімум 6 з 11 членів кожної курії.

З розпуском курії також припиняє свою діяльність сформований з її членів центральний комітет.

Намісник краю, а також президенти округів і призначені ними комісари контролювали діяльність сеймових курій і Центрального виділу, беручи в обов'язковому порядку участь у їх засіданнях (ст. 35).

Четвертий розділ крайової Конституції регулює питання крайового представництва.

Так, відповідно до ст. 56 Конституції кожна курія Парламенту в рамках встановлених в Конституції є органом адміністративного округу у всіх питаннях, які закон не вверяє в відомство місцевого чи районного самоуправління, а також імперської влади.

У всіх питаннях, яких закон приписує статус районних, курія Парламенту виконує функцію районного представництва для всього адміністративного округу.

Курії Парламенту скликаються для прийняття участі в державному законодавстві. Правом подання законопроектів, які стосуються державних питань мали право імператор та курії Парламенту.

Що стосується бюджетних питань, то ст. 62 Конституції передбачено, що бюджет адміністративного округу висувався начальником окружного управління від курій Парламенту на підставі попереднього проекту, який складався з всіх доходів і розходів, після чого він затверджувався.

Доходи адміністративного округу поступали від оподаткування на державні потреби, від користування кредиту, а також від управління майном, яке належало адміністративному округу. Курія Парламенту контролювала збереження та контроль майна, а також доходи адміністративного округу.

Статтею 76 крайової Конституції закріплено коло повноважень комітета, а саме: на вимогу намісника державний комітет повинен давати заключення по важливих питаннях державного управління чи в випадках видання тимчасових законів; державний комітет повинен збирати і пред'являти куріям інформацію для державних справ та інші повноваження.

Що стосується внесення змін в дану Конституцію, то ст. 82 передбачено, що вимоги про внесення змін до конституції повинні обговорюватись всіма парламентськими куріями, а також центральним комітетом. Постанову центрального комітету про внесення змін в конституцію може вступити в законну силу лише в присутності 25 членів та при згоді 17 з них.

З метою введення в дію крайових конституцій для Галичини і Буковини міністр внутрішніх справ Австрії О. Бах видав 8 жовтня 1850 року розпорядження про поділ трьох округів Галичини і території Буковини на повіти. Львівський округ поділено на 19, Краківський – 26 та Станіславський – 18 повітів.

Одночасно з крайовою Конституцією для Галичини було опубліковано крайову виборчу ординацію (Положення про вибори в парламент), яка детально регулювала порядок виборів в Парламент для Королівства Галіції і Володимерії з князівствами Освітима і Затора і Великим князівством Кракова.

Крайова виборча ординація налічувала 86 статтей і складалася з таких розділів: «Про виборчі округи» (ст. 1-13); «Про виборче право» (ст. 14-20); «Про списки виборців» (ст. 21-36); «Про виборність» (ст. 37-40); «Про місце проведення виборів» (ст. 41-44); «Про виборчі комісії» (ст. 45-50); «Призначення виборів» (ст. 51-53); «Проведення виборів» (ст. 54-74); «Про прийняття результатів виборів» (ст. 75-82); «Про затвердження законності і перевірці виборів» (ст. 83-86).

Виборча ординація детально регулювала порядок утворення виборчих округів, складання списків виборців, порядок голосування і підрахунку голосів, видання посвідчення про обрання, перевірку повноважень депутатів.

Так, відповідно до вимог ст. 15 крайової ординації право голосу мав кожний громадянин, який:

- ✓ був бюргером Австрійської імперії;
- ✓ був повнолітнім;
- ✓ володів в повному об′ємі своїми громадянськими та політичними правами;
- ✓ щороку виплачував в адміністративному округу певну суму прямого податку на нерухоме майно (домоволодіння чи земельна власність), на приватне підприємництво, на духовні та так звані «мирські» потреби. Дана сума встановлена для членів місцевого самоврядування м. Львова і Кракова в мінімальному розмірі 15 гульденів.

Видана в березні 1849 р. загальнодержавна і крайова Конституція для Галичини 1850р. так і не були введені в дію. 31 грудня 1850 р. були формально скасовані цісарським патентом. Австрія знову перетворилася в самодержавну монархію, в якій і мови не могло бути про автономію окремих народів. І тільки пізніше, наприкінці 60-х рр. XIX ст., ставши двоцентровою (дуалістичною) державою, Австрія вступила поступово на шлях буржуазного конституціоналізму.

ДО ПИТАННЯ ПРО РЕДАКЦІЇ «САКСОНСЬКОГО ЗЕРЦАЛА»

Гуменюк Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Значну увагу дослідника феодального права привертають германські правові збірники, насамперед "Саксонське зерцало" – найстарший правовий збірник Німеччини укладений суддею (шеффеном) Ейке фон Репковим в 1220-1235 р. За задумом автора він повинен був «дзеркально» відображати право саксонців. Саксонське зерцало – це запис звичаєвого права Східної Саксонії, що склалося впродовж століть, з поділом на земське право (для «неблагородних», проте особисто вільних) та ленне право (для осіб, що належали до «благородного стану», до вищого феодального суспільства). Земське право «Landrecht» містило окремі положення, що відносилися до державного устрою Німеччини (вибори імператора, поділ світської та духовної влади та ін.), а також норми з цивільного, кримінального права та судочинства. Ленне право «Lehnrecht» регулювало васальні відносини між феодалами. Права нижчих станів, в тому числі залежних селян в цьому законодавстві не фіксувались.

Перша редакція «Саксонського зерцала» не була водночас остаточною, це вимагало довготривалого процесу розвитку, причому з виокремленням двох періодів:

1. До нього входять усі редакції самого Ейке фон Репкова, їх ще називають оригіналами рецензій (originären Rezensionen). До них належать перша латинська (Urfassung), перша німецька редакції та розширений текст німецької редакції. В останній земське право поділене на п'ять книг для полегшення практичного застосування. Неавторські обробки «Саксонського зерцала» розпочинаються разом з третьою та четвертою редакціями. У третій редакції міститься оригінальний німецький текст Ейке, доповнений певними новелами. Саме нею закінчується перший період розвитку тексту збірника.

2. Другий період в історію розвитку тексту розпочинається четвертою редакцією. Він появився між 1260 та 1270 рр. Точну дату, як й інших редакцій установити неможливо, хоча відоме місце його походження – м. Магдебург. Четверта редакція грунтується на другій німецькій редакції Ейке фон Репкова, містить новели третьої редакції та додає власні. Її особливе значення полягає в тому, що з неї розпочинається наступна група рукописів, які хоч і відрізняються зовнішнім виглядом, але в генеалогічному порядку пов'язані між собою. Це: ілюстровані рукописи; систематичні рукописи; глосовані рукописи; вульгата. У XV ст. саме вульгатою завершується німецька рукописна форма запису. Наголосимо, що крім генеалогічного розвитку текстів, ураховуються також латинські тексти «Саксонського зерцала», котрі як переклади опиралися на четверту редакцію. Дотепер відомо близько 460 рукописів «Саксонського зерцала».

На нашу думку, доцільно звернути увагу на класифікацію, запропоновану відомими німецькими науковцями К. Г. Гомеєром та К. А. Екхардом.

Дослідники вирізняють чотири категорії текстів «Саксонського зерцала» (Textklasse):

Перша. Короткі форми (Kurzformen).

Друга. Довгі форми (Langformen).

Третя. Латинськомовні форми (lateinischen).

Четверта. Глосовані форми (glossierten Formen).

У кожній категорії рукописи поділяються на *групи* (Ordnungen), а ті – на *редакції* (Fassungen).

Перша категорія (Klasse I), вирізняється нестачею у передмові строф від 1 до 95, де йдеться про вельможне походження *(von der herren geburt),* а також інших положень (порівнянні з пізнішими формами).

До групи Ia (Ordnung Ia) першої категорії належать повністю збережені рукописи та фрагменти, започатковані в XIII ст. Їх розглядають як оригінали «Саксонського зерцала». На особливу увагу заслуговує рукопис Кведлінбурзької монастирської та гімназійної бібліотеки,

© Гуменюк Г., 2011

що зберігається сьогодні в університетській і земельній бібліотеці м. Галле. Він датується кількома роками перед 1300 р.

Цей рукопис разом із Гарферським «Саксонського зерцала» (Harffer Sachsenspiegel, 1295 р.) належить до найжавнішщих віднайдених рукописів «Саксонського зерцала». Рукописи групи Ib (Ordnung Ib) (друга німецька редакція), котрі не дуже змінені й доповнені, також упорядковані в XIII ст. Рукописи групи Ic (Ordnung Ic) виникли вже після смерті Ейке фон Репкова, тобто після 1235 р., їхні тексти розширені незначно. Характерним для цієї групи рукописів є відсутність у передмові віршованих строф, де Ейке називає себе укладачем збірника.

Четверта німецька редакція «Саксонського зерцала», про яку вже згадувалось, в запропонованій дослідниками класифікації започатковує другу категорію (Klasse II, довгим формам) текстів правового збірника. Вона містить низку оновлень, корективів і чисельних посилань на норми римського права (група IIa). До другої категорії також належать відомі чотири ілюстровані рукописи (група IIb). Для них характерна наявність предметного покажчика (група IIc), а також систематизовані рукописи (група IId).

Від XIV ст. аж до вульгатних форм XV ст., як ми зазначали, тривав другий великий період. Очевидно, вже на початку XIV ст. остаточно сформувався звичний на сьогодні поділ земського права на три книги. Приблизно в той самий час виникли і латинські редакції, котрі засисляються до третьої категорії запропонованої класифікації. Поряд з уже згаданим *auctor vetus de beneficiis* існували ще три зворотні переклади латиною. На початку XIV ст. у маркграфстві Бранденбург з`явився рукопис, дуже споріднений з ілюстрованими рукописами, він і слугував джерелом для створення глос до «Саксонського зерцала» (група IIe). Отже, наприкінці XIV ст. виникли глоссовані форми «Саксонського зерцала», котрі утворюють четверту категорію. Глосовані форми сприяли зростанню впливу «Саксонського зерцала» на розвиток джерел права держав Центральної та Східної Європи.

ХЕЛМІНСЬКЕ ПРАВО ЯК ДЖЕРЕЛО «ЗІБРАННЯ МАЛОРОСІЙСЬКИХ ПРАВ 1807 Р.»

Дмитришин Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з останніх кодифікаційних робіт та проводились в Україні на протязі XVIII – першій половині XIX ст., де використовувалось українське законодавство та європейські джерела права стало створення «Зібрання малоросійських прав1807 р.». Ідея створення даного кодексу українського права виникла ще у період царювання Павла І, коли було частково відновлено систему статутних судів що була створена під час судової реформи гетьмана К.Розумовського 1760 – 1763 рр. Імператор Павло І також зобов'язав використовувати у судах «малоросійських законів». У 1796 р. було створено комісію з кодифікації права, а у лютому 1804 р. цар Олександр І, після доповіді міністра юстиції П.Лопухіна затвердив її новий склад. Комісію очолив заступник міністра юстиції Н.Новосельцев. Працівників комісії було розподілено на три експедиції, де до повноваження першої експедиції відносились загально-правові питання, друга експедиція – норми приватного права, а третя – виправленням та підготовкою до опублікування підготовлених проектів.

Кодифікація права в Україні відносилась до повноважень шостого відділення другої експедиції. Метою діяльності комісії стало створення книги законів Російської імперії, яка стала складатися із шести частин 1) державне правління (вищі органи державної влади), 2) основи права (порядок видання нормативно-правових актів та їх офіційне оприлюднення), 3) закони відносно речей, осіб та права власності, 4) кримінальні закони, 5)процесуальні закони, 6) приватні закони (провінційні закони та статути). Завдання кодифікаційної комісії були визначені у відповідному царському указі. Тут передбачалось проведення кодифікаційних робіт відповідно до вимог, що ставились перед законодавством Російської імперії з врахуванням місцевих особливостей. Референт першої експедиції Г.Розенкамор, який фактично був керівником комісії вважав, що нові кодекси мають бути створені на основі вже існуючих законів. Більш чітко принципи роботи комісії визначив у своїй доповідній записці заступник міністра юстиції М.Новосельцев, де було вказано ще Книгу законів, необхідно створити на основі схеми, визначеної для кожного відділення. Редактори мали формувати книгу приватних законів по всіх передбачених пунктах, що були визначені у схемі та зібрати усі видані закони.

Український цивільний кодекс, що мав бути створений містив норми сімейного, спадкового та майнового права. Експедицію приватних узаконень очолив статський радник Яків Дружинін. У свою чергу шосте так зване малоросійське відділення очолив надвірний радник Федір Давидович, що став автором «Зібрання малоросійських прав». У своїй роботі Ф.Давидович використав «Права за якими судиться малоросійський народ 1743 р.», російський переклад Литовського Статуту, Экстракт малоросійських прав 1767 р., Экстракт із указів, інструкцій і установлень 1786 р. та переклади магдебурзького права і Саксонського Зерцала. Робота над складанням «Зібрання малоросійських прав» тривала з 1804 по 1807 рр. Федір Давидович провів титанічну роботу по підготовці українського цивільного уложення, де тільки зміст проекту складав 1200 сторінок, а обсяг опрацьованих джерел – 3000 сторінок.

Серед джерел магдебурзького права і Саксонського зерцала при складенні «Зібрання малоросійських прав» були використані переклади ще були проведені під час кодифікаційних робіт у першій половині XVIII століття. Зокрема, 1) Книга «Зерцало Саксонов или право саксонское и магдебургское» в перекладі російською мовою, здійсненому у 1732 – 1735 рр., 2) Книгу «Порядок прав гражданських». Переклали усі ці праці найшвидше члени кодифікаційної комісії під час підготовки «Прав, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. Книга «Зерцало Саксонов или право саксонское и магдебургское» озоплювало Саксонське Зерцало, магдебурзьке право «Jus municipale Mgdeburgense» та «Право цивільне Хелмінське» Павла Кушевича, що поділялось на три частини. Перша містила правові норми зі Саксонського Зерцала і складалась з 204 артикули, поділених на параграфи. У посиланнях зазначено Саксон,

© Дмитришин Ю., 2011

сторінку, параграф, артикул, розділ або книгу. Друга частина «Книга Зерцало Саксонів или право саксонское и магдебургское» мала одну книгу зі 140 артикулами. Третя частина – «Книга Саксонов права Хелминского» або «Право Хелминское». Вона як і праця Павла Кушевича, що стала її основою складалась з шести книг, поділених на розділи. У посиланнях зазначено «Право Хелминское», а після цього – сторінку праці, параграф, артикул, розділ або книгу.

«Книга Порядок прав гражданських» поділялась на кілька частин. Перша мала назву «Порядок прав гражданських» і поділялася на 4 підрозділи з назвами без нумерації. Друга – «Артикули права Магдебурзького» - складалось із 30 артикулів та двох статутів про зґвалтування, Статуту короля Сигізмунда Августа й інструкцій на випадок пожежі, Третя мала назву «Процесс, выбраный из прав цесарських» вміщував 91 артикул і регулював норми кримінального права, оскільки був написаний на основі праці Бартоломія Гроїцького «Ten Posteper wybran jest s praw Cesfrskich, ktory Korolus V, Cesars kozal wyduc po wszystkich swoich Panstwiech. Четверта частина праці «Порядок прав гражданських» мала назву «Устав платежа штрафов в судах права магдебургского». Інші 28 розділів носили назву «Прибавлення до книги Порядок и до артикулов права магдебургского» «Отставка и умерение…излишне употребляемых платежей и накладов, которыми спорные стороны как в суде лавницом, так и войтовском излишне прежде сего », «Энхірідіон или Собрание некоторых мест общих магдебургского права», «О обороне сирот и вдов» та ін. Працю побудовано на основі не менше 8 джерел. Окрім «Энхірідіону» та кількох статутів «Книга Порядок прав гражданських» складалася з праць Бартоломія Гроїцького, перекладених російською мовою. На цей збірник посилалися майже в усіх кодифікаційних працях XVIII ст. – початку XIX ст., що використовували магдебурзьке та Хелмінське право. У науковий обіг «Зібрання малоросійських прав ввів професор Київського університету імені Т.Шевченка Аркадій Ткач. У 1993 році «Зібрання малоросійських прав вперше було опубліковано науковцями Інституту глави держави і права України імені В.Корецького. Структура «Зібрання малоросійських прав» складається з трьох частин, що поділялося ще на 5 книг, які своєю чергою складалися із 42 розділів та 1377 параграфів. Перша частина містилася в одній книзі під назвою «Собрание малороссийских прав касательно лиц по данным от присутствия комиссии оглавление по 2-й экспедиции» і складалося з 8 розділів та 303 параграфів. Друга частина збірника мала назву «Собрание малороссийских прав, учиненное по реководству на на 2-е отделение о деяниях» і складалася з 4 розділів та 289 параграфів. Найбільшою за обсягом була третя частина, що складалася з трьох книг із загальною назвою «Выписка из прав Малороссии употребляемых учинения по руководству на 3-е отделение о вещах или имении». Серед джерел «Зібрання малоросійських прав» зустрічається Литовський Статут, магдебурзьке право, Саксонське зерцало та Хелмінське право. Найбільша кількість посилань у «Зібранні малоросійських прав» 515 зроблено ще Литовський статут 1588 р. Серед джерел німецького права найбільше посилань відноситься до «Саксонського Зерцала», 224 – із хелмінського, 58 – із різноманітних джерел магдебурзького права.

ОРГАНІЗАЦІЯ І ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ ПОЛІЦІЇ У ГАЛИЧИНІ В СКЛАДІ АВСТРІЇ (1772–1867 РР.)

Закревський А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сучасний процес реформування органів міліції в Україні неможливий без врахування історико-правового досвіду становлення та розвитку органів поліції на західноукраїнських землях. У даному аспекті цінний досвід надає, зокрема, дослідження утворення правового інституту поліції в Галичині у складі Австрії наприкінці XVIII ст. Доцільним буде врахування такого досвіду у сферах структури і компетенції органів міліції сучасної України, окремих аспектів їх кадрової політики та фінансового забезпечення. Це матиме значний позитивний вплив на демократичний та правовий розвиток української держави, сприятиме покращенню діяльності її правоохоронних органів та ефективному виконанню ними своїх функцій.

Внаслідок першого поділу Польщі (1772 р.) Галичину загарбала Австрія, а 1774 р. за Кючук-Кайнарджійським миром, укладеним між Росією і Туреччиною, вона захопила Буковину. Ще у першій половині XVI ст. (1526р.) Австрія поширила владу на Угорщину, в складі якої перебувало Закарпаття. Отже, у другій половині XVIII ст. усі західноукраїнські землі опинилися під владою Австрійської монархії. Приєднавши Галичину, австрійський уряд штучно об'єднав українські та польські землі в один адміністративний так званий Коронний край з центром у Львові, встановивши офіційні назви Східної та Західної України. Одним із перших розпоряджень першого галицького губернатора Й.-А.Пергена стало встановлення адміністративно-територіального устрою на окупованих галицько-волинських землях. В адміністративно-територіальному плані в 1772 р. Галичину та Західну Волинь було поділено на шість циркулів, котрі, у свою чергу, поділялися на 18 дистриктів.

Створення адміністративно-територіального поділу краю стало основною підвалиною для формування місцевих органів влади. Повітові циркули очолювали старости, які у повітах володіли найбільшою владою. Головний управлінський штат повітового циркулу кінця XVIII ст. був порівняно невеликим. В середньому він налічував всього 10-12 осіб. Службовців у повітові староства набирали із числа особливо довірених військових, котрі виявляли бажання перейти на службу з війська у поліцейські органи влади. В архівних матеріалах, зокрема, у штатному розписі циркулу значиться: староста, три-чотири комісари поліції, секретар, два діловоди-протоколісти, один – два кур'єри та один або два практиканти-стажери (новобранці).

У відповідності до службових інструкцій повітових старост та комісарів циркулів на посади своїм патентом призначав австрійський імператор із подання губернатора. Усі інші нижчі посадові місця на підставі наданого імператором права забезпечував староста та начальник комісаріату того чи іншого циркулу. На підставі інструкцій комісари циркулів відали справами у циркулах, а також виконувало доручення, які надавало губернське управління, губернська дирекція поліції, тощо. При нагальній потребі з метою забезпечення порядку та спокою за вказівкою губернатора старості чи комісару того чи іншого циркулу збройні сили могли надати необхідну військову допомогу.

Виконавчим органом у низовій управлінській структурі поліції були так звані мандатори. Лише формально це були державні чиновники з повноваженнями, наділеними від повітової влади. А фактично їх можна розглядати як службовців домінії, бо заробітну платню отримували від місцевого (свого) поміщика чи дідича. Тому свою принципову позицію мандатори намагалися, перш за все, підлаштовувати під інтереси того чи іншого зверхника.

Влада мандаторів у часі формування поліцейської влади в Галичині мала універсальний характер. Крім поліцейської суспільної місії вони збирали податки, встановлювали для населення різні повинності та контролювали їх виконання, доставляли до збірних пунктів рекрутів, творили на місцях суди першої інстанції, стежили в довкіллі за санітарно-епідемічними умовами, контролювали правильність та якість ведення торгівлі, вирішували земельні спори між селянами, стежили

© Закревський А., 2011

за місцевими дорогами, мостами, користувалися правом публічних тілесних покарань, котре в Австрійській імперії проіснувало аж до 15 листопада 1867 року.

У відповідності з таємними імператорським розпорядженням кінця XVIII ст. у всіх циркулах не тільки засновувалися низові поліцейські органи влади, але й формується таємна агентурна мережа. Унаслідок цього появляється чимало таємних агентів на різних рівнях суспільних структур. Саме платна підпільна агентура сприяла та надавала вагому допомогу поліцейським органам в утвердженні державної влади.

Варто зауважити, що формування низових правоохоронних органів ставало виключною прерогативою місцевого поміщика. Бо низову ланку фактично створювали самі поміщики. Так із числа трьох кандидатів на посаду війта, яких обирало село та пропонувало поміщику він на власний розсуд обирав одного або мав право відкинути усі запропоновані кандидатури.

З метою удосконалення роботи поліцейських органів та їхніх структурних підрозділів на підставі патенту австрійського цісаря 1785 року, а також вказівок губернатора було видано наказ про створення місцевого управління окружної Дирекції поліції у Львові, яке вивели з підпорядкування магістрату і перевели під контроль губернатора. Зазначена інституція розпочала свою діяльність вже у наступному році (1786).

Дирекція поліції мала забезпечити належну організацію охорони існуючого ладу і встановлених порядків у Галичині. У відповідності із інструктивними положеннями до компетенції поліції увійшла "охорона громадського порядку, тишини та спокою, нагляд за правильністю мір та ваг, за торгівлею на ярмарках, за чистотою на міських вулицях, охорона від нещасних випадків і право видавати особливі розпорядження за обставин пошкоджень у правах громадян".

У відповідності до інструкцій поліцейські були зобов'язані "не заважати обивателям" у праці та побуті, а сприяти їм і в той же час пильно стежити за виконанням "обивателями" державних законів. Життя та майно "обивателів" мало знаходилося у надійній державній безпеці. Основні зусилля поліцейських скеровувалися на боротьбу з бешкетниками, безробітними, волоцюгами, шахраями, злодіями, пияцтвом, усім тим, що могло "шкідливо вплинути на загальне благо".

За спеціальним патентом австрійського цісаря Йосифа II в 1786 р. у Львові при губернаторстві було створено найвищу регіональну поліцейську управу – департамент у системі правління губернаторства. На службу до департаменту приймалися лише військові вищих при військових званнях, котрі мали відповідні державні заслуги та могли претендувати на ту чи іншу вакантну посаду. На підставі зазначеного патенту подібні змішані поліцейсько-адміністративні формування було утворено на нижчих рівнях у системі державного правління Галичини.

Цікаво, що у рамках перших поліцейських структур формуються підрозділи загальної та таємної поліції. За вказівкою Йосипа II в 1787 р. у суспільне життя та в діяльність поліцейських структур активно запроваджується кримінальний кодекс, який в сукупності з іншими державними нормативними актами закладає основи у австрійській імперії поліцейського кримінального права.

На нашу думку, в умовах існуючого військового стану проведення австрійського адміністративно-територіального поділу Галичини не складало великої проблеми. Здебільшого для встановлення територіальних розмежувань було використано територіальні межі попереднього польського устрою. З перших днів австрійської окупації Львів визначався як головний адміністративний центр новоутвореної австрійської провінції. Тому саме у Львові творилися головні управлінські структури губернаторства. У периферійних містах та містечках виникали повітові органи управління, які формували австрійську владу на території повітів.

Формування найвищих державних поліцейських структур в Австрії припадає на час приєднання Галичини до складу Австрійської імперії. Необхідно відзначити, що в 1789 р. у Відні було створено Придворне управління поліції, яке стало найвищою поліцейською структурою у державі. Його очолив колишній перший губернатор Галичини, а згодом – президент нижньоавстрійського уряду Й.-А.Перген.

Після смерті австрійського імператора Йосифа II (1790) знову відбулися певні реорганізаційні зміни в державних управлінських структурах. Перш за все, їх слід пов'язувати з діяльністю нового правителя – Франца II (1792-1835). Так, в 1793 р. на базі Придворного управління поліції було утворено державне Управління поліції. В 1801 р. зазначена інституція отримала назву Придворне управління поліції та цензури. У 1802 р. центральний адміністративний апарат черговий раз був реорганізований. Подібні реорганізації продовжувалися і в наступному часі.

Для безпосереднього забезпечення правоохоронної діяльності на галицьких, волинських та буковинських землях, в рамках тогочасних володінь ними австрійської корони, за наказом австрійського цісаря Йосипа II та таємних розпоряджень галицького губернатора Андреаса Гадіка у Львові було створено губернську Дирекцію поліції, яку очолив директор. За першим штатним розписом у директора знаходилося чотири заступники, котрі відали паспортно-міграційними, кримінально-пошуковими, адміністративно-карними та іншими справами. Крім цього, у штаті губернської дирекції знаходилося чотири актуаріуси (*архівісти, зберігачі кримінальних справ*) , чотири писарі, шість протоколістів та численна прислуга.

Губернська дирекція отримала повноваження для проводження контролю та діяльності на території Галицького губернаторства. На підставі встановленої ієрархії правління губернська Дирекція поліції контролювала роботу Дирекції поліції у Львові та повітових команд поліції, які творилися у повітових містечках губернаторства.

Важливо також відмітити, що перший штат управління міської поліції був визначений Декретом львівського магістрату від 29 січня 1787 року. Очолював міську Дирекцію поліції також директор. У склад штату поліції входили: актуаріус, писар та чотири дільничних інспектори. Тимчасово першу міську державну поліцейську управу розмістили на першому поверсі по вул. Руській 20. Для розміщення управи було виділено лише дві невеликі кімнати на першому поверсі житлового будинку.

Загалом територія діяльності міської поліції окреслювалася не лише межами оборонних укріплень міста, а доповнювалася одною милею навколо нього. Таким чином, у компетенцію діяльності поліції було включено навколишні найближчі села, що знаходилися поблизу міських оборонних мурів Львова. Зрешту кожен інспектор поліції отримав певні посадові інструкції, про які мова йшла вище, а також визначену територію, адже тоді Львів було поділено на чотири частини: Середньоміську, Краківську, Бродівську та Жовківську.

На той час у кожній частині міста ще з попередніх часів налічувалося вісім-десять цивільних сторожів. Поліцейська інституція фактично доповнила охоронну систему міста. Було оголошено про набір бажаючих служити у поліції. Вищі керівні поліцейські органи формувала австрійська влада, яка скеровувала на роботу до Львова австро-німецьких та угорських підданих. Місцеві вихідці не завше могли претендувати на керівні посади, тому здебільшого обмежувалися посадами нижчого рівня. Під час набору бажаючих вступити до поліцейських підрозділів перевага надавалася військовим, які мали державні заслуги, військові звання та нагороди, брали участь у боях та бойових діях, мали відповідний стан здоров'я та фізичної підготовки, володіли грамотою (уміли читати та писати).

Управління та контроль у визначених міських частинах Львова здійснювали ландвійти. Під їхнім керівництвом за рішенням магістрату знаходилося п'ятнадцять комісарів і стільки ж інспекторів поліції. Особи набрані у поліцейські органи, звільнялися від служби у війську і за суспільним статусом та пільгами прирівнювалися до військових.

Крім цього, поряд із поліцейськими для несення патрульної служби у місті постійно, аж до кінця XIX ст., залучали солдатів та молодших офіцерів (Unteroficiren) львівського військового гарнізону. Для покращення мобільності переміщення та більшої ефективності роботи поліції наприкінці XVIII ст. у Львові з'явився поліцейський кінний патруль.

Рішенням львівського магістрату для розміщення управління міської дирекції поліції у Львові з житлово-господарського фонду міста було виділено невелике приміщення, яке знаходилося на першому поверсі по вул.Коллатая 4. Воно складалося з трьох кімнат. Покриття видатків, пов'язаних з опаленням, освітленням, охороною, санітарно-технічними потребами дирекції, забезпеченням управи необхідним спеціальним приладдям та інвентарем, прислугою, оплатою праці поліцейських та іншим було покладено на міський бюджет.

Для забезпечення контролю та порядку у Львові одну з експозитур (відділу) міської поліції було відкрито на вул. Руській 20. Експозитура опікувалася поліцейськими справами на території львівського середмістя та галицького передмістя Львова. Відповідні міські експозитури було відкрито на вул. Сонячній 1, Зубрикевича 32 та Зборовського 22. Таким чином, поліцейські відділи взяли під опіку чотири вище зазначені адміністративні сектори міста.

Набагато ширшу компетенцію в справі діяльності та територіальних меж отримало губернське управління поліції. Під його контроль у часі організації структури потрапило аж 19 повітів

губернаторства. Тимчасово дирекцію воєводської управи було розміщено у Львові на вул. Дикастеріальній 2. А згодом, дещо пізніше, головну управу губернської Дирекції поліції було перенесено на вул.Театральну.

Загалом на кінець XVIII ст. на галицьких, землях, що опинилися у складі Австрійської імперії і творили австрійське губернаторство, не тільки припадає період пошуку та створення раціональних суспільних охоронних (тобто поліцейських) структур, але й доба їх поступового зміцнення.

Важливо, що формуванню та діяльності поліцейських структурних підрозділів у Львові та в окрузі зі сторони губернатора, магістрату і навіть австрійського цісаря відводиться значна увага. Слід підкреслити, що державна поліція отримала особливу роль не тільки в справі охорони правопорядку, підтримки абсолютизму, але й їй належало виняткове місце та значення, як основній державній інституції, призначеній для створення у тогочасному галицькому суспільстві "нового освіченого життєвого укладу".

В процесі свого формування перші поліцейські органи отримали доволі широкий правовий статус, різновекторні повноваження та функції, котрі були успадковані від інституції колишніх міських стражників. Як свідчать положення та інструкції львівського магістрату кінця XVIII ст. інспектори поліції зобов'язані були наглядати за порядком у громадських місцях, пожежною безпекою в місті, торгівлею і якістю товарів на ринках, законним та відповідним громадським будівництвом, станом мостів, містків, пішохідних доріжок, доріг, будівель, водогонів, ліхтарів і бруківки у місті, правилами руху транспорту, чистотою на вулицях, площах, скверах, парках, у під'їздах будинків і т.д.

Прихід до правління Австрійською імперією імператора Леопольда (1790), а згодом і Франца I (1792) знайшов свій характерний відбиток на зміні внутрішньої політики держави, що призвело до реформування правоохоронних поліцейських органів. Так, до 1793 р. найвищим органом поліцейського управління в Австрії вважалася Придворна канцелярія імператора, яку очолював канцлер. Структурно Придворній канцелярії були підпорядкована Галицька Окружна (губернська) Дирекція поліції.

В 1793 р. у Відні було засновано Придворне управління поліції ("Polizei Hofstelle"). В 1801 р. у компетенцію Придворного управління було передано державне управління цензури. Унаслідок цього нова інституція отримала назву Придворне управління поліції та цензури" ("Polizei und Zensur Hofstelle"), що сприяло зростанню штатних поліцейських працівників від міністерства поліції аж до повітових комісаріатів. Об'єднання у одному відомстві поліції та цензури було свідченням появи та помітних впливів друкованих видань, діяльності у Європі численних політичних шкіл, котрі шукали раціонального виходу з панівної тогочасної системи правління, тощо.

Варто підкреслити, що в суспільному житті наприкінці XVIII ст. поліція відігравала роль захисника державного устрою. Формування поліцейських структурних підрозділів, перш за все, було орієнтоване на існуючий державний адміністративно-територіальний лад краю.

У структурному рівні губернської поліції циркули творили важливу управлінську ланку в системі діючого адміністративно-територіального та поліцейського поділу. Одноособовими правителями у циркулах були старости. До компетенцій старост належали майже усі місцеві політичні, соціальні, адміністративні, господарські, релігійні та правоохоронні справи, що обмежувалися хіба що межами того чи іншого циркулу.

Важливе значення в системі забезпечення належної діяльності циркулів мала організація поліцейського нагляду за дотриманням суспільного громадського порядку та спокою. Поліція у повітах стежила за громадською торгівлею, санітарією, промисловістю, господарсько-виробничими заняттями населення, забезпеченням збереження громадського та державного майна, боротьбою з неробством, пияцтвом, епідемічними пошестями та хворобами, організацією та виконанням вчасного призову на військову службу, тощо.

Отже, наприкінці XVIII ст. у Галичині в складі Австрії відбувся процес утворення органів поліції, який був зумовлений намаганням австрійської влади підвищити рівень забезпечення правопорядку. Необхідно зазначити, що цей процес був значним кроком уперед у справі якісної еволюції системи правоохоронних органів у Галичині, адже ця система в складі колишньої Речі Посполитої містила ряд архаїчних елементів і не відповідала вимогам часу. Натомість австрійські реформи зумовили формування в Галичині правоохоронних органів за передовими зразками тогочасної Європи.

МАҐДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО У КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНОЇ ЄВРОПИ

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Маґдебурзьке право вперше з'явилося на західних польських землях у Силезії. У літературі міста Силезії зараховують до німецьких, польських та чеських міст, оскільки вони в різні роки належали Польській, Німецькій і Чеській державі. У 1211 р. маґдебурзьке право, як уже згадувалося, надано м. Злоторії. Процес локацій цього міста закінчився лише 1253 р.

Другим польським містом, яке 1217 р. отримало маґдебурзьке право став Львовек. Досі локаційні документи цього міста не збереглися. Львовек був зразковим для інших міст Силезії, котрі отримали маґдебурзьке право. Це стосується, зокрема Освіцидана (1285), Любомирова (1291), Новогродна (1233). Від XIII ст. розпочався процес локації Вроцлава, де 1214 р. вже існувала посада солтиса. Підтвердження надання Вроцлаву маґдебурзького права – привілей князів Владислава та Генріха 1261 р. Надання Вроцлаву маґдебурзького права засвідчувало, що процес локацій не завжди відбувався лише раз.

За зразком Вроцлава відбулася локація інших міст Силезії та Польщі. Наприклад, 1253 р. маґдебурзьке право було надано місту Бохні, 1257 р. – Кракову. Маґдебурзько-бреславське (вроцлавське) право отримали 65 міст. Серед інших великих міст на заході Польщі у 1264 р. маґдебурзьке право одержала Легниця. Крім надання містам Силезії маґдебурзького права, відомі випадки отримання фламандського і франконського прав. Упродовж 1200–1350 рр. маґдебурзьке право одержали кілька десятків міст і близько 1200 сіл. Спочатку його надавали німецьким колоністам, а з кінця XIII і на початку XIV ст. – містам і селам з польським населенням. Зі 103 силезьких міст, що отримали маґдебурзьке право, 84 належали князю, 9 – шляхті, 10 – католицькій церкві. Водночас 4 міста (Бжег, Свидниця, Градів, Пожильці Опольські) володіли новомарктським (шредським) правом.

Після Силезії маґдебурзьке право на території Польщі почало поширюватися на Куявію та землю Добржанську. Впродовж 1237–1238 рр. маґдебурзьке право запроваджено з м. Іновроцлава. Локація Іновроцлава відбулася за зразком Вроцлава. У другій половині XIII ст. маґдебурзьке право одержало м. Брест Куявський. У 1267–1271 рр. іновроцлавський князь Зімомисл надав маґдебурзьке право м. Глівкову та кільком селам. У 1325 р. куявський князь Пшемисл дозволив Томашеві з Якдіс провести локацію на основі маґдебурзького права м. Салеца Куявського. Також у Добжанській землі 1262 р. маґдебурзьке право надано селам, що входили до Вроцлавського єпископства.

У 1356 р. польський король Казимир Великий дозволив провести локацію м. Стржельні на маґдебурзькому праві. У 1356–1369 рр. відбулась локація на маґдебурзькому праві міст Корнава, Рокошу, утворених на місці колишніх сіл. До 1370 р. на території Куявії та Доброської землі маґдебурзьке право одержали 11 міст, з них 8 належали князям.

Значне поширення маґдебурзького права відбулось у Великопольщі, на торговельному шляху з Німеччини до України та до країн Сходу. Міста і села Великопольщі, що разом з Малопольщею стала основою для утворення Польської держави, отримували маґдебурзьке право на зразок міст Силезії та німецьких міст. Німці у містах і селах Великопольщі почали масово селитися з 1212 р. Першим маґдебурзьке право одержало у 1238–1239 рр. м. Ґнезно. На зразок Ґнезно 1243 р. відбулася локація міст Повідзе, Вронека, Кострзуня та ін. Надання Познані маґдебурзького права пов'язане з існуванням у місті однієї з найбільших німецьких колоній на території Польщі. Німецька громада, яку очолював солтис, одержала це право від князя Владислава Одоніка 1231 р., і це стало початком заснування міста. Повторна локація Познані відбулася 1253 р. Водночас проведено локацію міст Рогожна, Оборника, Ксуні, Міни та ін. У 1257 р. князь Пшемислав I надав монастирю бернардинів у Любліні привілей на локацію с. Крзивіл і переведення його у статус міста. Лише 1270 р. Крзивіл згадується як місто. Традицію надання населеним пунктам Великопольщі маґдебурзького права продовжив князь Боле-

© Кобилецький М., 2011

слав Побожний. Він провів локацію Ксуні за зразком м. Познані, а 1280 р. – м. Рогозна. На початку XIV ст. проведено локацію двох приватних міст, зокрема 1308 р. воєвода Кашінський надав маґдебурзьке право Мусіну, а 1303 – Гродзіску.

На зразок Вроцлава маґдебурзьке право князь Генріх Глоговський надав м. Поніцу. Князь Владислав Лакитко 1314 р. надав локаційний документ для Лобженіци.

Значно зросла кількість міст, котрим було надано маґдебурзьке право, за правління короля Казимира Великого. У 1337 р. він дозволив 2 братам німецького походження Альбертові та Марційові провести локацію м. Руд, а 1343 р. – м. Таргової Горки на території с. Мілезча. У 1345 р. проведено локацію м. Чарлінека. На зразок Бреста Куявського війт Генріх з Варци здійснив локацію м. Кола. У 1369 р. король Казимир Великий дозволив Бартисю де Везенбургу разом з 4 подарованими селами провести локацію м. Казмінка.

Локація могла тривати довго. Так, 1287 р. єпископ Любиський Конрад отримав дозвіл на локацію Казимиржа на основі маґдебурзького права. Цей дозвіл реалізовано лише 1370 р. наданням місту маґдебурзького права.

Окрім зазначених міст, маґдебурзьке право на теренах Великопольщі в XIII–XIV ст. одержали: Хложе, Мідзурзем, Тржіцель, Серніни (1298), Кеблово (1327), Врзесне (1357), Лабічун (близько 1369), Лекно і Осієчна (1370) та ін.

У XIII ст. маґдебурзьке право отримали 38 міст, упродовж XIV ст. – 60. Серед них лише 15% були новоутвореними. Значну кількість населення міст Великопольщі – становили німці: у Познані, Колішу вони були більшістю міської еліти й основною частиною міського населення. У містах Оборшиках, Копіні, Сліпці, Коштині, Победзідні німці також становили більшість населення. В інших містах здебільшого мешкали поляки. Локація міст Великопольщі відбулася на зразок Силезії та німецьких міст.

Із 43 міст, яким до 1370 р. було надано маґдебурзьке право, 20 належало князеві та королю, 9 – католицькій церкві й 13 – шляхті. До 1500 р. у Великій Польщі маґдебурзьке право мали 153 міста. Найважливішими були перша польська столиця Гнезно та Познань, на зразок яких це право одержали й інші польські міста. Надання маґдебурзького права містам Малопольщі відбувалося пізніше. Більшість польських дослідників пов'язують це з віддаленістю Малопольщі від німецьких земель. Колонізацію цих територій розпочав 1227 р. князь Лешко Білий на зразок міст Силезії. Першим одержало маґдебурзьке право м. Бохня. У 1253 р. відбулася його локація на підставі привілею князя Болеслава Встидливого (на зразок Вроцлава). У 1257 р. видано привілей про надання маґдебурзького права тогочасній столиці Польщі – Кракову. Локацію Кракова мали проводити 3 силезькі міщани німецького походження: Гедко Штіле, Дітлер Волек – вроцлавські лавники та Якуб – суддя з Ніси. Локація Кракова відбулася також на зразок Вроцлава. У 1306 р. князь Владислав Локеток підтвердив маґдебурзьке право Кракову. До середини XIV ст. більшість міського патриціату Кракова (до 80%) становили німці. У XIV ст. Краків став зразковим для інших міст Малопольщі, котрі володіли маґдебурзьким правом.

Одним із перших у Малопольщі маґдебурзьке право 1294 р. отримав Новий Санч. Андрій Яковлів називає його першим містом на українських етнічних землях, де впроваджено маґдебурзьке право. Локацію Нового Санча на основі привілею Вацлава II проводили сини війта Турмана зі Старого Санча – Бертольд і Арнольд. Маґдебурзьке право надали на зразок Кракова. Привілей 1292 р. підтвердив 1330 р. князь Владислав Локиток. За правління Казимира Великого маґдебурзьке право 1335 р. надано м. Казимиржу, 1339 р. – Клобуку, 1340 р. – Грибоку.

Із 34 міст, яким надано маґдебурзьке право у Краківській землі, 29 перебувало у власності короля, інші належали церкві. Крім того, низку міст переведено з новомаркського (шредського) права на маґдебурзьке. У сандомирській землі, що також перебувала у складі Малопольщі, надання містам і селам маґдебурзького права розпочалося локацією Сандомира. У 1257 р. князь Болеслав Встидливий надав локаційний привілей місту Завихосту. Впродовж 1264–1292 рр. Болеслав Встидливий видав низку привілеїв, згідно з якими маґдебурзьке право одержало нове місто Корчин, 1265 – Пасанев, 1271 – Опатов. Багатьом містам надав маґдебурзьке право король Казимир Великий, зокрема м. Фалькову (1340), Робчицям (1362), Вістоку (1366) на землях Кобуле за зразком Кракова. У 1364 р. маґдебурзьке право одержало м. Родонєя. У

Сандомирській землі на маґдебурзьке право перейшли 20 міст, із них 12 належало державі, 5 – церкві, 3 – шляхті. Найбільшу кількість міст із маґдебурзьким правом зафіксовано за правління Казимира Великого впродовж 1333–1370 рр., коли відбулася локація 36 міст. Більшість із них були розташовані в Карпатах на торговельному шляху до України й Угорщини.

Одним із перших маґдебурзьке право або його різновид – хелмінське та любекське – стали отримувати міста й села на узбережжі Балтійського моря. Більшість населених пунктів Гданського Помор'я використовували кульменське (хелмінське) та любекське право. Єдиним містом, що володіло маґдебурзьким правом від 1280 р., був Корзедзей. У 1312 р. його зайняли тевтонські рицарі, які надали місту хелмінське право.

Маґдебурзьке право на західному польському Помор'ї, як уже зазначалося, було введене за допомогою колоністів з Бранденбурга у 30-х роках XIII ст.

На відміну від інших регіонів Польщі, більшість міст західного Помор'я, розташованих на березі моря, мали любекське право. Міста західного Помор'я – в глибині території – перейшли на маґдебурзьке право за князювання Борміна I, після смерті якого відбулася заміна маґдебурзького права на любекське. Першим маґдебурзьке право одержав 1235 р. Пшесков, 1243 р. – Щецин, що став зразковим для інших міст західного Помор'я з маґдебурзьким і любекським правом. У 1249 р. маґдебурзьке право отримало м. Гордоне, а 1253 – Штаргард, яке 1292 р. перевели на любекське. Разом із Щецином 1254 р. маґдебурзьке право надали м. Груфіно, замінивши його 1271 р. на любекське. Згодом, 1263 р. – Пуржимиру, 1268 р. – Коленіцву. Ці міста 1314 р. переведено на любекське право. Міста Реч у 1254–1256 рр. і Барлінек 1278 р. були локовані бранденбурзькими маркграфами. На схожому до маґдебурзького права – бранденбурзькому 1347 р. відбулася локація м. Відохова. Ще низка міст одержали маґдебурзьке право (Поздавіс, Пікун, Бонк, Вірзбно та ін.), однак їхні привілеї донині не збереглися.

МІСЦЕ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА В СИСТЕМІ ЮРИДИЧНИХ НАУК

Кольбенко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Історія , як процес пізнання минулого, включає відбір та збереження інформації про нього. Вона також є проявом соціальної пам'яті і способом людей зберігати і осмислювати власний досвід та досвід попередніх поколінь. Людина не може жити без усвідомлення минулого через власну пам'ять, яка служить базою даних і засобом усвідомлення прожитого життя.

Історія – це наука , яка вивчає людське суспільство у його розвитку. Особливо важливе місце в цьому процесі займає історія держави і права, як наука і навчальна дисципліна.

Вона має своєю метою сприяти поглибленню знань майбутніх юристів щодо історичних основ як українського так і зарубіжного досвіду державотворення та розвитку права. На основі узагальнення і аналізу досвіду минулого допомогти збагнути сутність сучасного та майбутнього.

Історія держави і права вивчає факти і виявляє закономірності та особливості історичного розвитку. Вивчаючи закономірності історичного розвитку, вона намагається виявити головні причини і наслідки виникнення , розвитку і припинення державно – правових систем. До них належать органи державної влади, управління, судові органи, юстиції та інші. В історії права окремих держав головна увага приділяється утворенню національної правової системи, вивченню та аналізу джерел права. Наукою історії держави і права досліджуються взаємозв'язки державних структур і правових інститутів.

Історія держави і права, як і кожна наука , виконує певні функції , які характеризують її теоретичне і практичне значення для розбудови держави. Можна виділити, зокрема, три таких основних функції :

- ✓ пізнавальна , яка зводиться до пізнання та пояснення історії виникнення та розвитку держави і права;
- ✓ прогностична, яка виражається у визначенні стійких тенденцій розвитку історико – правових явищ;
- ✓ виховна – полягає у формуванні національної свідомості, поваги до власного та інших народів, патріотизму та загальнолюдських гуманістичних цінностей.

Предметом історії держави і права є загальні та специфічні закономірності пізнання процесу зародження і розвитку держави і права, формування державних традицій, вивчення державно – правових категорій та інститутів, правового становища населення, джерел права та правової системи в їх історичній конкретності та хронологічній послідовності.

Виходячи з особливостей предмету, можна зробити висновок, що історія держави і права є:

- ✓ суспільно – політичною наукою, бо вивчає такі суспільно – політичні явища, як держава і право;
- ✓ юридичною наукою, бо вивчає правові аспекти суспільного життя;
- ✓ історичною наукою, оскільки вивчає державно – правові явища в їхньому історичному розвитку.

Історія держави і права посідає важливе місце в системі соціально – гуманітарних дисциплін, які вивчають різноманітні соціальні відносини : виробничі, духовні, етичні, релігійні та ін. Історія держави і права займає особливе місце в системі юридичних наук, яка складається з наступних частин: - загальнотеоретичні та загальноісторичні юридичні науки. До них відносяться :

- ✓ теорія держави і права, історія держави і права, історія політико – правових вчень;
- ✓ галузеві юридичні науки: це конституційне право, цивільне право, кримінальне право, сімейне право, адміністративне право, трудове право та інші;

© Кольбенко А., 2011

- ✓ міжгалузеві юридичні науки : це, зокрема, екологічне право, прокурорський нагляд, кримінологія тощо;
- ✓ прикладні юридичні науки: це криміналістична, судова медицина, юридична типологія та ін..

Історія держави і права тісно пов'язана з теорією держави і права. Ця взаємодія проявляється насамперед в тому, що глибоке вивчення і узагальнення історичного матеріалу необхідне для більш повного та всебічного дослідження загальнотеоретичних державно – правових проблем і визначення закономірностей історичного розвитку держави і права. З іншого боку, історія держави і права опирається на висновки та узагальнення, які дає теорія держави і права.

Історія держави і права тісно пов'язана з історією політичних і правових вчень, оскільки без знання історії держави і права неможливо усвідомлення конкретний зміст відповідних політико – правових теорій.

Історія держави і права також перебуває в тісному зв'язку з галузевими дисциплінами. Забезпечуючи галузеві науки конкретними історичними даними , історія держави і права включає нові політико – правові події внутрішнього та міжнародного життя держави в об'єкт своїх досліджень.

Історія держави і права істотно поповнює сучасну правову науку, висвітлюючи конкретно – історичний досвід, розвиваючи нові підходи та поставляючи нову інформацію.

При вивченні багатьох правових дисциплін, як правило , однієї з перших тем часто є історія розвитку того чи іншого правового явища, державного органу чи галузі права , що є предметом дослідження саме науки історії держави і права. Тому можна зробити висновок, що наука історії держави і права є однією з фундаментальних правових наук, яка дозволяє зрозуміти, яким чином в історичному аспекті творилось право і держава.

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО БУДІВНИЦТВА ЗАХІДНО-УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ

Кульчицький П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток української державності, в сучасний період може бути більш ефективним при врахуванні історичної практики нашого державотворення, зокрема розвитку та становлення правоохоронних органів, суду і судочинства Західноукраїнської Народної Республіки, як важливого етапу державного будівництва України. Створити державу - це певним чином впорядкувати організацію державного механізму, забезпечити функціонування державних органів. Відновлення Української держави на західних землях дало багато повчальних уроків для розвитку новітньої держави. Одним з найбільш цінних є досвід формування органів правопорядку, жандармерії, народної міліції, суду, прокуратури, а також збройних сил, враховуючи те, що Україна перебувала в стані війни з Польщею.

Створення 1 листопада 1918 р. Української держави відбулося шляхом мирного, безкровного захоплення українським військом стратегічно важливих об'єктів міста Львова та підняттям на ратуші жовто-блакитного прапора. Зранку того ж дня Д. Вітовський доповів Українській Національній Раді, що ключові центри міста перебувають в руках українців. Протягом 2 тижнів Українська влада була встановлена і в усій Східній Галичині. Юридичним оформленням створення ЗУНР стало прийняття Тимчасового Основного Закону "Про державну самостійність Українських земель бувшої Австро-Угорської монархії" від 13 листопада 1918 р. З прийняттям вказаного вище Основного Закону було юридично закріплено державні атрибути ЗУНР, а УН Рада перебрала на себе функції парламенту держави. Значимість цієї славетної події важко переоцінити. Вперше з часів Галицько-Волинського князівства титульне населення західноукраїнських земель знову стало господарем на своїй землі, вільним вершителем своєї долі.

Отже, вища законодавча влада була зосереджена в руках Української Національної Ради, а виконавча – Державного Секретаріату. До речі, на початку 1919 року УНРада налічувала 150 депутатів.

Новостворена Українська Держава займала приблизно 70000 кв. км тери-торії з 6 млн. населення, з яких 71% становили українці, 14% поляки, 13% відсотків євреї і 2% інших національностей. З них 62% вважали себе греко-католиками, 18 – римо-католиками, 11-12% – іудеями, 6 – православними.

Перші кроки державотворчої діяльності нової влади свідчили про її прагнення збудувати правову державу та демократичне суспільство. В основу створення дієвого державного апарату та чіткої виконавчої вертикалі, було покладено підзвітність нижчих органів влади вищим і контролю виконання ухвалених рішень.

Починаючи з листопада 1918 року ЗУНР схвалила ряд законодавчих актів "Про організацію війська" (13 листопада 1918 р.), "Тимчасову адміністрацію" (16 листопада 1918 р.), "Про тимчасову організацію судів і судової влади" (21 листопада 1918 р.), "Про державну прокуратуру" (18 грудня 1918 р.) та інші. Зберігався попередній адміністративно-територіальний поділ, закон встановлював, що у повіті адміністративна влада мала належати повітовому комісару, який призначався державним секретарем внутрішніх справ. При комісарі шляхом виборів, в яких приймало участь населення повіту, утворювалася т.зв. повітова національна рада з дорадчим голосом. Закон докладно врегульовував компетенцію місцевих органів влади і управління, які у всій своїй діяльності підпорядковувалися урядові. На місцях створювалися окружні й повітові команди жандармерії, міські та сільські станиці. Для комплектування органів суспільного правопорядку особовим складом запрошували добровольців з населення, з наданням переваги зарахуванню на службу особам з числа військовослужбовців. Крім того, передбачалось утворення народної міліції населенням певної території – як орган самооборони даної громади, орган охорони порядку. Також важливим елементом механізму держави були

© Кульчицький П., 2011

судово-прокурорські органи ЗУНР. Оскільки вони складали один з різновидів державної влади і відігравали велику роль у правозахисній системі держави. Система судових органів ЗУНР включала: повітові, окружні суди та вищий суд. Крім того, основною вимогою законодавства було те, що судочинство мало вестись виключно українською мовою. Діяльність прокуратури ЗУНР регламентувалась Постановою Державного секретаріату судочинства від 18 грудня 1918 року, яка структурно складалася з окружних, повітових та вищої прокуратур республіки. Старші прокурори, перші прокурори, їх заступники, так як і судді, повинні були скласти кваліфікаційні екзамени і прийняти присягу на вірність ЗУНР.

15 лютого 1919 року було прийнято важливий Закон "Про уживання мови у внутрішнім та зовнішнім урядуванні державних властей і урядів, публічних інституцій й державних підприємств на Західній області УНР". Державною стала українська мова. Разом з тим за національними меншинами закріплювалось право "уживати як усно так і в письмі їх рідні мови в урядових зносинах з державними властями і урядами, публічними інститутами і державними підприємствами", їм гарантувалося право вільно користуватися рідною мовою, мати свої школи, бібліотеки, видавати періодику, книги. ЗУНР ще з листопада 1918 р. розпочала формування регулярної Української Галицької Армії і досягла значних успіхів. Це формування відбувалося найефективнішим шляхом: на базі вірних українській національній ідеї військових частин та бойових груп, і було завершене в січні-лютому 1919 р. У другій половині листопада 1918 р. УГА мала у своєму складі 25 тисяч вояків. Також було прийнято ряд інших законодавчих актів, які сприяли розбудові Західно-Української Народної Республіки в руслі демократичної, соціальної, правової держави (зокрема Закон "Про громадянство Західної області УН Республіки").

Розбудова ЗУНР була суттєвим кроком до відновлення Української суверенної держави. Історичний досвід Західно-Української Народної Республіки актуальний і сьогодні, коли національне, демократичне і державне відродження України залежить від єдності усіх демократичних сил українського народу, пошуку компромісів, взаємних поступок різних політичних сил, проведення соціально-економічних перетворень здатні забезпечити існування України як самостійної, незалежної та демократичної держави. Слід зазначити, що якість законів також залежить від рівня історичного досвіду законодавця, бо юридичний закон має формуватися шляхом історичного узагальнення соціальної дійсності, а не внаслідок винахідництва, тому дане дослідження має сприяти позитивному рішенню сучасних проблем у галузі законотворчого будівництва в Україні.

НАЙВИЩИЙ СУД В МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ: ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ

Липитчук О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Польща після більш як вікової втрати державності та входження її земель до складу трьох імперій (Австро-Угорщина, Німеччина, Росія) успадкувала різні судові системи і законодавство, яке діяло на окупованих сусідніми державами польських територіях.

Ще під час окупації Королівства Польського німецькими та австро-угорськими військами окупаційна влада передала у компетенцію Тимчасовій Державній Раді освіту і судочинство. Відтак виникли умови для організації польського судочинства. Зусиллями Ради 23 січня 1917 р. створено департамент юстиції на чолі з директором, відомим польським юристом С. Буковецьким. 19 серпня 1917 р. у першому номері виданого польською мовою "Вісника департаменту юстиції" опубліковано Тимчасове положення про впровадження польського судочинства в Королівстві Польському. 1 вересня 1917 р. відбулося урочисте відкриття польських судів на території Королівства Польського під назвою королівсько-польських (królewsko-polskich), які оголошували вироки іменем Корони Польської.

Згідно з Тимчасовим положенням, на території Королівства Польського почав функціонувати Найвищий суд як загальний суд найвищої інстанції. До його компетенції входило: касаційний нагляд щодо винесених рішень окружних (виданих у другій інстанції) та апеляційних судів; пояснення правових норм і положень; він був дисциплінарним судом для суддів і прокурорів Найвищого та апеляційних судів, а також голів та прокурорів окружних судів.

Найвищий суд складався з цивільної і кримінальної палат, до складу яких входили голови та судді. Керував палатою голова. Керівництво Найвищим судом здійснював призначений перший голова суду.

Рішення, які пояснювали правові положення законодавчих актів, виносили на засіданні суддів однієї палати або обох палат залежно від їхньої складності. Касації розглядали колегіально в складі трьох суддів за участю або без участі сторін. Кожна палата мала секретаріат. При Найвищому суді функціонувало також бюро, де розглядалися спірні питання, готувались рішення до публікації і проводилась їх реєстрація. Бюро та перший голова суду мали свої окремі секретаріати.

Відтак у період існування Тимчасової Державної Ради та Регентської ради зроблено лише перші кроки в організації польського судочинства, діяльність якого перебувала під контролем окупаційних властей. Лише здобуття незалежності в листопаді 1918 р. стало вирішальною умовою для встановлення і розвитку незалежного польського судочинства.

В умовах існування різних судових систем важливе значення мала організація у 1919 р. Найвищого суду у Варшаві, який формально утворився ще у 1917 р. Декрет Начальника Держави визначив остаточну організаційну форму та надавав йому право "вказувати та усувати недоліки в діяльності нижчих судів", що означало можливість змін або скасування їхніх рішень. Поступово Найвищому суду було підпорядковано судочинство всієї Польщі. Найвищий суд у Варшаві перейняв функції австрійського Найвищого Судового і Касаційного Трибуналу та Суду Німецької імперії. У його складі, крім існуючих двох палат, було утворено додатково ще три палати: для кримінальних і цивільних справ колишньої австрійської території; адміністративних справ цієї території; кримінальних і цивільних справ колишньої прусської території. Справи розглядалися у складі трьох суддів, а складні − цілою палатою чи навіть загальним зібранням цілого суду.

Важливим етапом у становленні та функціонуванні судової системи стала Березнева конституція 1921 р., яка визначила законодавчу основу судової влади відновленої Польської Республіки.

Структура та компетенція судочинства окреслені в IV розділі конституції − "Судочинство". В ньому визначалися загальнодемократичні засади організації та діяльності судів. Зокре-

© Липитчук О., 2011

ма, у ст. 77 стверджувалося, що "судді у виконанні своїх обов'язків незалежні і керуються тільки законами". Гарантом незалежності суддів була засада, відповідно до якої суддя не міг бути звільнений з посади, усунутий від виконання обов'язків, переміщений на інше місце роботи або переведений на пенсію всупереч своєї волі. Це могло статися тільки на підставі судового рішення відповідно до закону (ст. 78). Конституція затвердила положення про призначення суддів президентом (ст. 76).

Однак після травневого перевороту 1926 р. новий державно-правовий режим передусім проявився у посиленні виконавчої влади, сконцентрованої в руках президента. Із зміцненням авторитарних засад державного устрою порушився принцип поділу влади.

Ці зміни у державно-політичному устрої Польської Республіки вплинули на організацію судової влади та підготовку судової реформи. Ще у 1925 р. уряд вніс до сейму "урядовий проект закону про загальні суди", який був підготовлений на підставі проекту Кодифікаційної Комісії. У нових умовах влада намагалася обмежити незалежність судів та суддів, відтак домагалася внесення у цей проект змін. Цьому сприяло й те, що після травневого перевороту верхівку судової адміністрації посіли юристи, чиї погляди були далекими від демократичних засад судоустрою. В такому "виправленому" вигляді його скерували президентові, який видав розпорядження від 6 лютого 1928 р. про введення проекту закону у дію з 1 січня 1929 р. Проте сейм досить гостро зреагував на видання цього розпорядження Президента і виніс рішення відкласти його чинність до 1 січня 1930 р., оскільки проект закону мав затвердити сенат. Однак сенат не спромігся у встановлений термін вирішити це питання і розпорядження набуло чинності. Реформою 1928 р. встановлювалася така система загальних судів: гродські, окружні, апеляційні суди та Найвищий суд.

Найвищий суд був вищою інстанцією в системі загальних судів. Головним завданням Найвищого суду було здійснення нагляду над юрисдикцією всієї системи загального судочинства. Спеціальний контроль реалізувався шляхом розгляду касаційних скарг на вироки судів другої інстанції у цивільних і кримінальних справах (окружних та апеляційних судів), а також судів присяжних і вироків судів першої інстанції в кримінально-адміністративних справах. Мета загального контролю − єдине трактування законів шляхом формулювання юридичних засад, які є обов'язковими для всіх судів.

Діяльність Найвищого суду викликала у правознавців сумніви щодо здійснення принципу суддівської незалежності, бо вважалося, що недоречно нав'язувати шаблони нижчим судам, оскільки суддя мав самостійно розглядати кожну справу і виносити індивідуальний вирок. Тому Закон "Про устрій загальних судів" 1928 р. передбачав певні гарантії щодо правильності вироків Найвищого суду. З цією метою створили Бюро судової практики, яке нагромаджувало його вироки і виявляло розбіжності, а ст. 42 закону зобов'язувала видавати "Зібрання вироків Найвищого суду", яке вміщало рішення основних юридичних проблем, і мало сприяти уніфікації судової практики в Польщі. Однак у судовій практиці майже протягом усього міжвоєнного періоду зберігалися розбіжності у застосуванні та тлумаченні законів, що було наслідком впливів "духу законів" держав-окупантів, почуття ворожості до юридичних нововведень, застосування нових законів за старими шаблонами та зразками. Найвищий суд міг тлумачити (також за пропозицією міністра юстиції) положення, які "спричиняють на практиці сумніви або різне застосування". Разом з тим це часто приводило до перевищення цим судом своєї компетенції, оскільки деякі інтерпретації набували абстрактного характеру і наближали Найвищий суд до законодавчого органу.

У Найвищому суді час від часу відбувалися структурні зміни. У 1928 р. було утворено три палати: одна кримінальна і дві цивільних; у 1932 р. залишилося по одній кримінальній і цивільній палаті. Найвищий суд складався з першого голови, голів палат та суддів. Вироки виносилися у складі трьох суддів (іноді − у більшому).

Відповідно до Закону 1928 р. Найвищий суд розглядав справи про законність виборів до сейму і сенату. Перший голова Найвищого суду був водночас головою Державного Трибуналу. При Найвищому суді діяла прокуратура на чолі з першим прокурором.

Позитивним явищем було те, що, згідно з Законом 1928 р. в окружних, апеляційних судах та Найвищому суді утворювалася інституція суддівського самоврядування − загальні збори суддів (незнана інституція на колишніх австрійській та прусській територіях). До складу

зборів входили всі судді даного суду на чолі з головою суду і виконували функцію адміністративного самоврядування судів: поділ праці, обрання членів дисциплінарного суду, представлення кандидатів на вакантні суддівські посади та ін. Для винесення важливих рішень загальними зборами Найвищого суду була необхідна присутність половини суддів апеляційних та окружних судів − дві третини всіх суддів. Рішення ухвалювали більшістю голосів, а у випадку їхньої рівності вирішальним був голос головуючого. Однак поступово компетенція загальних зборів була обмежена на користь інших органів, зокрема, адміністративних колегіумів (складалися з 5 членів суду), які також здійснювали поділ праці, визначали річні терміни судів присяжних, представляли кандидатів на суддівські посади, виносили рішення про звільнення суддів на пенсію. Польській владі легше було впливати на такий досить вузький суддівський орган, особливо, коли йшлося про кадрові питання.

Закон "Про устрій загальних судів" 1928 р. хоч і проголосив формально конституційні положення про незалежність суддів (ст. 79), однак містив положення, які значно її обмежували. Це було найнегативнішим наслідком для системи правосуддя.

Закон надавав право президенту і міністру юстиції упродовж трьох місяців з дня його оголошення переводити (без згоди зацікавлених) на інше місце праці або звільняти на пенсію суддів Найвищого суду, упродовж року − суддів апеляційних судів і упродовж двох років − суддів окружних і гродських судів. Отже, суддівський корпус опинився в залежності від вищої виконавчої влади. Ці статті закону дали змогу міністру юстиції звільнити на пенсію першого голову Найвищого суду В. Сейду та голову кримінальної палати А. Могільницького, які виступали проти обмеження незалежності судів та суддів.

Про причини цих звільнень у своєму виступі відомий публіцист, юрист, посол сейму Г. Ліберман на засіданні сейму 19 лютого 1929 р. так доповів: "Яка є необхідність усунути суддів Найвищого суду? Не відбуваються в ньому жодні територіальні зміни… немає багато суддів. Найвищий суд в новому суспільстві має величезне значення. Його голова є водночас головою Державного Трибуналу. Слідство проти міністра… проводить суддя Найвищого суду… Найвищий суд розглядає протести під час виборів до сейму… Генерального комісара пропонує Найвищий суд. Тому так багато значить для уряду склад Найвищого суду…"

Така політика уряду викликала критику та опір у середовищі суддів, які усвідомлювали значення інституції незалежності суддівяк необхідного чинника демократії. Висловлювали сумнів щодо реальності дотримання принципу суддівської незалежності, наводячи ст. 102 § 3 Закону, за якою суддя, всупереч його волі, міг бути переведений в інше місце або відправлений на пенсію "для добра правосуддя або для поваги суддівського становища" − на підставі рішення загальних зборів вищого суду за поданням міністра юстиції. Адже загальні збори суду не були судом з компетенцією до видання судових вироків, а лише адміністративною судовою інституцією. Загальні збори суду могли передати справу до адміністративного колегіуму (складався всього з п’яти осіб), який теж був тільки адміністративним, а не судовим органом.

ОСОБЛИВОСТІ НАВЧАННЯ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ У ГАЛИЧИНІ ТА ПРОХОДЖЕННЯ НИМИ ПРАКТИКИ ПРИ НАМІСНИЦТВІ ТА СТАРОСТВАХ (1849 – 1918 РР.)

Моряк-Протопопова Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У 1848 – 1849 рр. в Австрійській імперії відбувається буржуазна революція. Не зважаючи на реакцію, яка мала місце після придушення повстань, починаючи з1849 р. в країні розпочинається процес лібералізації державного управління. Проводиться поступова реорганізація органів управління державою та її складовими адміністративними одиницями – краями. Найбільші зміни на місцевому рівні відбулись відразу по завершенні революції у 1849 р., коли замість губерніальних правлінь було створено намісництва. Створення правового поля їх діяльності тривало два десятиріччя. Остаточно процес модернізації державного управління Австро-Угорщини завершився тільки у середині 80-х років 19 ст.

Деяку інформацію про структуру намісництва та дані про його персональний склад ми можемо отримати з так званих шематизмів, австрійських щорічників, що виходили друком з 1782 по 1914 рр. Пошук відомостей у шематизмах ускладнений відсутністю того, що ми розуміємо під змістом, усі дані у ньому зазвичай викладались в алфавітному порядку. Це був своєрідний покажчик імен, з зазначенням посади на якій працювала та чи інша особа. Також були використані архівні фонди львівських архівів, однак зробити це було складніше, через те, що дані про прийняття та звільнення з роботи працівників намісництва, переведення їх на інші посади є розпорошеним.

Для тогочасної Австрії характерною була відсутність поділу осіб, що працювали в політичних (урядових, адміністративних) органах влади на державних службовців та допоміжний персонал. Натомість вони поділялись на слуг (особи, що виконували якісь механічні функції: університетські помічники, візники), керівників (осіб, що були наділені правом видавати накази і вимагати їх дотримання) і інших урядовців. Та й цей поділ не мав юридичного оформлення. Фактично був закріплений поділ тільки на адміністративних працівників та судових. Тільки з 1873 р. був проведений поділ усіх службовців на 11 рангів.

У січні 1894 р. було опубліковане розпорядження міністра освіти з питання регуляції навчання та екзаменів з права й політики. Слухачі права, які прагнули отримати кваліфікацію для державної та суспільної служби мали отримати юридичну освіту з спеціалізацією з політичного провадження. Для цього слід було пройти курс навчання в університеті мінімальною тривалістю у 11 семестрів. У процесі підготовки обов'язковими предметами були: римське, церковне, німецьке право, історія австрійської держави, філософія, приватне право, торгівельне і вексельне австрійське право, австрійське кримінальне право та кримінальний процес, австрійський цивільний процес, державне право та адміністративне право, політична економія, казначейство та ряд інших додаткових дисциплін (в тому числі порівняльне правознавство).

По тому кандидатам слід було скласти три державні іспити (історичний, політичний та судочинство) та пройти практику при намісництві і староствах і скласти практичний іспит по напрямку, в якому майбутній службовець мав намір надалі працювати (фінанси, адміністрація, судочинство, дипломатія і т. д.).

Обов'язок проходити практику молодим службовцям був встановлений указом імператора ще 14 серпня 1852 р. За ним до повітів надсилались канцелярські практиканти для допомоги в діловодстві та для підготовки до майбутньої служби в державних органах. На час проходження практики молоді службовці зараховувались у штат і підкорялись старості (керівнику повіту) на тих самих підставах, що й решта службовців.

У своїй доповіді на засіданні Народної правої партії д-р І. Вінфілд у 1910 р. зазначав, що, коли в інших краях коронних адміністрація діє зле, то в Галичині дуже зле. Причину того, що урядовий персонал не виконує покладених на нього обов'язків доповідач вбачав у тому, що є брак належної підготовки (починаючи зі школи й закінчуючи екзаменом практичним). Найбі-

© Моряк-Протопопова Х., 2011

льші претензії він висував до перших років служби молодих урядовців на посадах практикантів при намісництві й староствах, де власне й мали бути ліквідовані усі недоліки теоретичної освіти.

Практиканта зазвичай закріплювали за котримось з референтів одного з департаментів намісництва. Референт в силу величезної завантаженості розглядав молодого службовця не як особу, яку слід було навчати і готувати до практичного іспиту, а як додаткову робочу силу. Справи, які доручались останньому були одноманітними, нескладними, але такими, що вимагали багато часу. Їх на думку доповідача міг виконувати і звичайний канцелярист.

Після стажування при намісництві, практиканта переводили до котрогось з повітів, де ситуація в точності повторювалась (ці слова були підтверджені і старостою одного з повітів М. Бесадецьким). Молодого фахівця ніхто не навчав адміністративному провадженню різноманітних справ і знову розглядали лише як додаткову робочу силу. У підсумку практичний іспит, який відкривав адміністративному чиновнику доступ на найвищі посади в адміністрації краю, складав урядовець, що не отримав достатньої теоретичної підготовки в університеті, практичної підготовки при намісництві чи старості, який навіть якщо він знав закони не вмів застосувати їх на практиці, не мав уявлення про реальне становище краю і як-правило такий, який згодом не міг проявляти ініціативи, навіть зрідка.

Призначення на посаду молодих адміністративних службовців з посеред кандидатів, що добре склали практичний іспит здійснював сам намісник (це стосувалось у першу чергу нижчих посадовців краю), а вищих призначало відповідне міністерство чи навіть особисто імператор (у переважній більшості випадків за поданням намісника чи з переліку запропонованих ним кандидатур).

Звичайно на заняття найнижчих посад при намісництві оголошувався конкурс, а його результати оприлюднювались у місцевій пресі (багато таких повідомлень знаходимо у "Gazeta Lwowska"). Що стосувалось вищих посад в намісництві то існувала практика, коли на них запрошувались перевірені посадовці намісництва і рідко сторонні люди.

З метою розгляду найважливіших чи найскладніших справ, а також з метою підвищення кваліфікації молодих урядовців раз в два тижні у дні призначені керівниками відділів намісництва мали відбуватися засідання цих відділів за участю керівників адміністративних департаментів, а навіть і керівників департаментів технічних, санітарних, ветеринарних чи рахункових цього відділу. Питання про участь в цих засіданнях інших урядовців краю вирішував керівник відділу. Також можливою була присутність технічних, санітарних ветеринарних працівників на цих засіданнях. Порядок денний цих засідань керівники відділів заздалегідь подавали намісникові.

Рівень вимог до працівників намісництва, на наш погляд, інколи був і завищений (це стосувалось осіб, що займали нижчі посади). Для прийняття на роботу урядовим слугою (одна з найнижчих посад) слід було вміти читати і писати на крайових мовах (це були польська та українська), фізична змога до виконання службових обов'язків підтверджена лікарським свідоцтвом, не зіпсута моральна поведінка та австрійське громадянство. А до обов'язків такого слуги входило паління в печах, носіння матеріалу для паління і води, прибирання і замітання службових приміщень, носіння на пошту грошових передач, урядових листів і бандеролей і принесення їх з почти та вручення сторонам урядових листів.

За національним складом службовцями намісництва були переважно поляки, в той час як загальна кількість польського населення краю не сягала і 50 % і була меншою ніж кількість населення українського. Після отримання Галичиною автономії у 1867 р. поляки обійняли вищі посади не тільки краю, а й держави. Наприклад у 1895-1897 рр. президентом кабінету міністрів (прем'єр-міністром) був граф К. Бадені (одночасно він обіймав посаду міністра внутрішніх справ), А. Голуховський був міністром закордонних справ, а Е. Рітнер міністром для Галичини (утім ним завжди був поляк). Крім названих у період з 1871 по 1918 р. міністрами в Австрійському уряді були поляки К. Грохольський, Й. Унгер, Ф. Земляковський, Ф. Залеський, А. Яворський, Л Білінський, М. Бобринський та багато інших (понад 20 чоловік). Хоча за свідченнями самого М. Бобринського Галичина не отримала того, на що сподівалась, - повного самоврядування і автономії, і, була змушена задовільнитися самоврядуванням лише у певних галузях (як то шкільництво, місцеве господарство і т. ін. – Х. М.-П.).

Така різка диспропорція національного складу урядових органів у Галичині була зумовлена тим, що саме поляки становили земельну, фінансову та політичну верхівку краю. Зі свого боку вони робили усе від них залежно щоб не дати можливості розвиватись українському політичному та національно-культурному рухові. Домоглися запровадження польської мови у крайовому діловодстві, судочинстві та освіті.

Підсумовуючи вищевикладене ми можемо сказати, що не зважаючи на детально регламентований процес підготовки молодих кадрів, який іноді тривав роками, на безумовно позитивне прагнення підвищувати їх кваліфікацію та надання їм переваги при прийнятті на роботу на вищі посади краю, існувало чимало проблем з формуванням фахового чиновницького апарату. Крім наведених вище, одною з них був його національний склад. Поляки-чиновники не знали чи не хотіли знати української мови, а галицькі українці, у своїй більшості селяни, погано володіли польською мовою. Звертаючись у намісництво чи староства рідною мовою вони могли або взагалі не отримати відповіді або отримати її польською мовою. Це безумовно порушувало їх права закріплені австрійською конституцією 1867 р. та законами монархії. За ними обидві мови (польська і українська) визнавались крайовими та мали практично рівну сферу застосування. Іншою проблемою було те, що в Галичині існувала практика призначення на вищі посади краю (включно і на посуду намісника) заможних людей, які часто не мали необхідних здібностей для виконання покладених на них обов’язків.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ У РИМО-КАТОЛИКІВ НА ТЕРИТОРІЇ МІЖВОЄННОЇ ПОЛЬЩІ

Онишко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання розірвання шлюбу можна розглядати з двох позицій: морально-релігійної та юридичної, оскільки шлюбні відносини регулювалися двоякого роду нормами. З одного боку вони регулювалися моральними і релігійним нормами, з іншого – правовими. З огляду на вимоги моралі розірвання шлюбу було небажаним, суперечило самій ідеї шлюбного зв'язку між подружжям. Юридичним законом нерідко ставляться завдання прагматичніші, аніж моральні. Крім того, залежно від потреб співжиття людей установлювалися й інші норми (звичаєві).

Шлюб як етично-моральний союз переважно укладається з наміром підтримувати його протягом усього життя. Але за певних обставин виникає прірва у моральній єдності подружжя і його важко примусити до продовження шлюбних відносин. Співвідношення між законами різних народів і в різні часи було неоднаковим. Одні намагалися звести моральний закон про нерозривність подружнього життя до закону юридичного і ототожнювали їх, суворо забороняючи розірвання шлюбу; інші, навпаки, надаючи шлюбним відносинам визначення морального закону, не зводили їх до суворої необхідності і допускали вільне розлучення.

Процедура розірвання шлюбу на теренах міжвоєнної Польщі здійснювалася на основі національного польського законодавства, чинного на польських землях, різних за своїм історичним та правовим минулим, культурними та правовими традиціями, досвідом, юридичною практикою. Крім того, ця процедура регулювалася церковними канонами у відповідно до віросповідання подружжя. Співвідношення законів (Австрійського цивільного кодексу 1811 р., Польського цивільного кодексу 1825 р., Німецького цивільного кодексу 1896 р., Зводу законів Російської імперії 1832 р., Угорського закону про шлюб 1894 р.) і релігійних приписів у шлюбно-сімейних відносинах у кожному регіоні було різним, оскільки воно відповідало специфіці кожної місцевості. Порядок розірвання шлюбу у кожному окремому регіоні був пов'язаний з місцевістю проживання або перебування подружжя, їх віросповіданням та наявністю причин для розірвання шлюбу. Якщо на територіях західних воєводств та маленької частини угорських територій законними були лише цивільні шлюби і, відповідно, розлучення у цивільному порядку, то на решті територій міжвоєнної Польщі враховувалося віросповідання.

Хоча Польський цивільний кодекс 1825 р. не містив поняття «розірвання шлюбу», проте з аналізу його тексту випливало, що розірвання шлюбу, розлучення (rozwód) – це повне припинення особистих і майнових відносин подружжя, здійснене у встановленому законом порядку із визначенням подальшого правового статусу дітей, а також майна, нажитого у шлюбі. Чинне законодавство, зокрема Положення про шлюб 1836 р., Польський цивільний кодекс 1825 р. та Астрійський цивільний кодекс 1811 р. містили інститут сепарації, яка мала всі наслідки розлучення, крім права вступати у повторний шлюб. Цей інститут згадується й у канонічному праві. Загалом можна простежити значний уплив канонічного права на світське, оскільки норми чинних кодексів повністю відповідали канонічним.

Слід зазначити, що аналогом сепарації у сучасному українському сімейному законодавстві є встановлення режиму окремого проживання та його правові наслідки (ст.ст. 119, 120 Сімейного кодексу України).

При розгляді судом справ про сепарацію чи розлучення важливо було залучати до розгляду справи *захисника шлюбного звя'зку* (obrońca węzla malżeńskiego). Він призначався місцевим органом влади (старостою, воєводою) при розлученні чи сепарації у цивільному порядку (на колишніх австрійських територіях), а також церковною владою при розлученні чи сепарації у відповідності до віросповідання (на територіях колишнього Конгресового Королівства). Такий захисник мав право подавати докази, що свідчили про недопустимість розлучення, сепарації та вживати заходів для примирення подружжя.

© Онишко О., 2011

Водночас, при неможливості розлучення для римо-католиків закон дозволяв сепарацію для осіб римо-католицького віросповідання, яка ще називалася відповідно до Положення про шлюб 1836 р. та Польського цивільного кодексу 1825 р. «відлучення від столу і ложа» (rożdial od stolu i loża).

Для осіб римо-католицького віросповідання розірвання шлюбу було дозволене лише у двох випадках: якщо один із подружжя прийняв освячення (став монахом чи священиком) або отримав дозвіл Папи Римського на розірвання шлюбу (що було майже неможливим). Отже, католики не мали права розірвати шлюб, навіть у випадку зміни ними віросповідання.

Для осіб інших християнських віросповідань розірвання шлюбу було дозволеним за умови, якщо така можливість передбачалася у правових нормах відповідно до віросповідання позивача.

Якщо перед укладенням шлюбу одна з сторін прийняла католицьку віру, то таке подружжя не могло розірвати шлюб, і друга сторона (не католик) могла одружитися знову лише після смерті своєї половини. Аналіз архівних судових справ свідчить про те, що для уникнення такого розвитку подій подружжя за кілька днів до подання в суд заяви про розірвання шлюбу змінювали віру (наприклад, на євангелістську), або оголошували себе особами, які не сповідують жодного віросповідання. Внаслідок цього суд розглядав справу про розлучення осіб євангелістського віросповідання або згаданих вище осіб. Наприклад, у книзі реєстрації осіб, які змінили віросповідання костелу Св. Маргарити у Львові зафіксовано загалом 965 римо-католиків, які змінили віросповідання з 1918 до 1941 рр. Для цього потрібно було принести свідоцтво про народження і хрещення та підписати протокол про вихід із віровизнання. Після цього особи зверталися до душпастиря нової віри, або у магістрат для проголошення себе особами, які не належать до жодного віросповідання.

Рішення про сепарацію, прийняте у Малопольщі, відповідно до норм австрійського права, надавало можливість католикам розірвати шлюб за німецьким законодавством, так як на подружжя поширювалась дія «Міждільничого закону» 1926 р. Для розірвання шлюбу потрібно було прожити на колишніх прусських територіях не менше року і якщо причини сепарації, отриманої за австрійським законодавством, були ідентичними з причинами розірвання шлюбу. Такі норми діяли на території цілої країни. Так, подружжя римо-католиків, які народилися у колишньому Конгресовому Королівстві, Яніна Г. і Рудольф Г. уклали світський шлюб у м. Мікушевє відповідно до Німецького цивільного кодексу 1896 р. Розлучення вони отримали у Кракові за останнім місцем проживання. Суд керувався §§ 1565, 1568 вищезазначеного кодексу, оскільки подружжя проживало на території Кракова менше року.

Характерною у цьому випадку є справа подружжя Хуго Т. та Хелени Т. Вони були римо-католиками, проте уклали шлюб, зареєструвавшись особами, які не належали до жодного віросповідання. Захисник шлюбного зв'язку доктор С. Кричковський апелював до суду на підставі помилкової оцінки суті справи, тобто причини розлучення – непереборної відрази. Клопотання було судом відхилене, але це свідчило про широкі процесуальні можливості даного учасника судового процесу. Для римо-католиків розлучення було неможливим, допускалась лише сепарація, про що і наголошував захисник шлюбного зв'язку.

Моральний аспект у цьому випадку зрозумілий, оскільки у розлученої пари з'являлася можливість створити нову щасливу сім'ю, одружившись вдруге, чого не підтримувала католицька церква та теологічна традиція.

На думку Я. Гвяздоморського (відомий польський юрист кінця XIX – початку XX ст.) зміна віросповідання була питанням сумління та внутрішнього переконання, і не повинна була мати під собою правове підґрунтя, оскільки правові наслідки отримання розлучення внаслідок такої зміни (наприклад, з римо-католицького на євангелістське чи православне, або оголошення подружжя такими, що не належали до жодного віросповідання) тягнуло за собою зловживання.

Зловживання існували не лише при зміні віросповідання, а й при наданні розлучень, що викликало значний громадський резонанс та правове реагування з боку влади. Так, священики євангелістсько-реформаторської (кальвіністької) церкви у Вільнюсі здійснювали розлучення, керуючись ст. 10 «Великого відділу про розлучення» («Agendy Wielkiej o rozwodach») 1637 р., не лише євангелістів, а й римо-католиків, оскільки у документі зазначено, що розлучення мог-

ли отримати усі, хто забажає. Внаслідок цього, з 1926 р. Вільнюс став великою «фабрикою розлучень» для громадян усіх регіонів міжвоєнної Польщі. Винними оголошувалися як священики, які підлягали кримінальному покаранню за ст. 286 Кримінального кодексу 1932 р. (перевищення посадових повноважень), так й адміністративна влада регіону, яка не вжила відповідних заходів. Правда, справа про зловживання владою була порушена прокуратурою регіону лише у 1937 р. під тиском громадськості та католицької церкви. Така владна реакція була цілком зрозуміла за певною аналогією. Так у разі порушення заборони багатоженства у мусульман (відповідно до норм Корану мусульмани мали право мати кілька дружин) покарання застосовувалося як до особи, яка надавала шлюб, так і до нареченого, що було передбачено ст. 197 Кримінального кодексу Польщі 1932 р..

Таким чином, розмаїтість чинного у міжвоєнній Польщі законодавства певним чином деморалізувало тогочасне суспільство, серед якого домінувало населення римо-католицького віросповідання, виховане на теологічних традиціях. Водночас, із розвитком прогресивної думки та європейського суспільства в цілому потрібно було внести зміни у чинне законодавство, шляхом прийняття нового Шлюбно-сімейного кодексу Польщі, надавши громадянам можливість вибору між церковним шлюбом та світським, і, в свою чергу розірвання такого шлюбу.

США: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПІДСУДНОСТІ СПРАВ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ ОПІКИ НАД ДІТЬМИ

Ригіна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Федеральний державний устрій США зумовлює особливості правової системи країни та різні проблемні питання, пов'язані з юрисдикцією різних категорій судових справ. Найбільше проблем виникає щодо тих юридичних питань, які врегульовуються переважно нормами статутного права, тобто правовими нормами відповідного штату, на території якого виник спір. Це стосується, зокрема, питань сімейного права, оскільки шлюбно-сімейні правовідносини регулюються правовими нормами того штату, на території якого вони виникли, змінилися чи припинилися. Багато спірних питань виникає внаслідок зміни місця проживання (переїзду до іншого штату) одного з колишнього подружжя, з ким залишилася дитина після розірвання шлюбу, тобто визначеного судом опікуна дитини. Для врегулювання цього та деяких інших питань, які стосуються інтересів дитини, 1968 р. Конгресом США було прийнято Уніфікований (Типовий) Юрисдикційний Акт визначення опіки над дитиною (*The Uniform Custody Jurisdiction Act of 1968; UCCJA*).

Згодом до положень Акта 1968 р. пристосували своє законодавство всі американські штати. Метою Акта було вирішити на федеральному рівні проблеми, пов'язані з визначенням юрисдикції судових справ щодо опіки над дітьми, а також, як зазначено в самому Акті, «уникнути спорів стосовно підсудності між судами різних штатів..., які мали місце в минулому, і завершувалися переміщанням дітей (з одного штату до іншого), негативно впливаючи на їхні інтереси». Передбачалося, що дитина мала бути присутня на судових засіданнях (якщо суд визнавав її явку обов'язковою), здійснивши переїзд, хоча й тимчасовий, з одного штату до іншого, що негативно відображалося, наприклад, на процесі навчання. У будь-якому випадку, навіть якщо внаслідок малоліття дитини суд не визнавав її явку обов'язковою, неодмінно суддя, ще до початку слухання справи, вислуховував її, з'ясувавши, хто, на думку дитини, з батьків краще піклувався про неї та з ким вона хотіла би проживати.

Акт 1968 р. був ухвалений, як у ньому вказувалося, також з ціллю забезпечити дію «стандарту» про те, що спори щодо відповідного питання повинні вирішуватися судами за місцем проживання дитини. Спочатку вказаний правовий «стандарт» діяв і визнавався лише окремими штатами. Щоправда, дія цього «стандарту» викликала проблеми, пов'язані з визначенням місця проживання дитини, її відвідуванням іншим з батьків, з ким вона не проживає та ін. Крім цього, в непоодиноких випадках рішення судів одних штатів, стосовно цих питань, можуть не виконуватися на території інших. Останнє допускається внаслідок застосування правового принципу «виключення дії залежності», оскільки існують певні питання, які не мають федерального значення, і можуть врегульовувати нормами права конкретного штату на розсуд органів влади відповідного, тільки з тим обмеженням, що вони не повинні суперечити федеральному законодавству. Отже, певне питання на території одного штату могло врегульовуватися інакше, аніж на території іншого. Найбільш повніше принцип «виключення дії залежності» застосовувався у штатах Монтана, Нью-Гемпшир, Нью-Мексико та Нью-Йорк.

Вирішуючи проблемні питання, які стосувалися прав дитини, федеральний законодавець виходив з того, що в будь-якому випадку суди, приймаючи рішення, повинні найбільше забезпечити інтереси дитини. Було визнано, що якраз суд штату, в якому проживає дитина зі своїм опікуном, спроможний якнайповніше з'ясувати, чи забезпечуються права дитини, оскільки: «штат перебуває у тісному зв'язку з дитиною та її сім'єю; будуть доступними докази стосовно забезпечення прав дитини та її добробуту».

Уніфікований (Типовий) Юрисдикційний Акт визначення опіки над дитиною 1968 р. вказує на 4 види підсудності цієї категорії справ: (1) «За місцем проживання» («*Home state*» *jurisdiction*); (2) «Найбільшого зв'язку штату» (*«Significant connection» jurisdiction*);

© Ригіна О., 2011

(3) «Надзвичайна юрисдикція» (*«Emergency» jurisdiction);* (4) «Юрисдикція несплати» (*«Default» jurisdiction*).

Постійним місцем проживання дитини вважається штат, у якому вона проживала разом з батьками, одним із батьків або особою, яка заміняє одного з батьків щонайменше 6 місяців поспіль. Якщо відсутній 6-місячний строк, постійним місцем проживання дитини вважається штат, у якому вона проживала з батьками, одним із батьків або особою, яка заміняє одного з батьків з моменту народження. Вказане ґрунтується на теорії, згідно з якою місцем проживання дитини є місце проживання того з батьків чи іншої особи, яка його (її) замінює, кому вона судом передана під опіку. Наприклад, відповідне, дещо згодом, й було вказано та роз'яснено у рішенні в справі *«In re B.R.F.»* (669 S.W. 2d 240 (Mo. Ct. App. 1984) Апеляційним Судом штату Монтана. Хоча суди інших штатів не зобов'язані так само інтерпретувати це питання, як пояснив Апеляційний Суд Монтани.

Юрисдикція «Найбільшого зв'язку», відповідно до Акта 1968 р., фактично підмінює юрисдикцію «*Home state*», забезпечуючи більш детальний розгляд справи і врахування більшого кола інтересів дитини. У цьому випадку приймається до уваги не тільки «зв'язок дитини зі штатом», а й «зв'язок» її батьків, одного з батьків або опікуна зі штатом. Як зазначили американські професори Джон Де Вітт Грегорі (*Hofstra University*), Пітер Н. Свішер (*University of Richmond*) та Шеріл Л. Вольф *(University of New Mexico)* у праці *«Understanding family law» (2001)*, юрисдикція «Найбільшого зв'язку» вносить «гнучкість» в Акт 1968 р. Відповідна юрисдикція забезпечує більш належне виконання батьківських обов'язків у відношенні до дитини щодо турботи про неї, захисту, навчання, а також створюється механізм контролю органів влади штату за діями батьків (опікунів).

Третій вид підсудності «Надзвичайна юрисдикція», згідно з Актом 1968 р., застосовується тоді, коли дитина «фізично» перебуває в конкретному штаті, однак була залишена батьками, одним з батьків або опікуном чи «виникла ситуація, яка вимагає захистити дитину, оскільки вона була піддана загрозі або їй загрожує погане поводження чи зловживання (з боку батьків, осіб, що їх замінюють). Отже, відповідна юрисдикція застосовується у надзвичайних випадках, коли дитині була заподіяна або існує загроза заподіяння неминучої шкоди.

І нарешті, коли відсутні підстави застосування правил однієї з вказаних «юрисдикцій» або суд певного штату обґрунтовує відсутність своєї юрисдикції, виникає «Юрисдикція несплати».

На підставі вказаного випливає, що переважно справи, які стосуються забезпечення прав дитини після розірванні шлюбу її батьків вирішуються судом того штату, в якому вона проживає разом із тим з батьків, кому вона передана під опіку. В цьому випадку суд має змогу більш детально дослідити, чи належним чином забезпечуються права дитини щодо її утримання, виховання, забезпечення середньою освітою та медичним обслуговуванням. Окрім цього, суд відповідного штату має належний зв'язок зі школою, в якій навчається дитина, місцевими органами опіки та піклування, які контролюють дії батьків (опікунів) стосовно дітей з метою недопущення зловживань з їхнього боку, а також медичними закладами, які здійснюють періодичне медичне обстеження дитини. Отже, передбачений положеннями Уніфікованого (Типового) Юрисдикційного Акта визначення опіки над дитиною 1968 р. правовий механізм був створений з метою ухвалення рішень судами штатів, які би найбільше відповідали інтересам дітей.

КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ПІДХІД РАЙНГАРДА КОЗЕЛЛЕКА ДО ІСТОРІЇ ПРАВА

Семків В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В історії права, подібно до інших наук, пізнавальні здобутки заторкують переважно світоглядні, методологічні та фактологічні аспекти конструювання знань і забезпечують як взаємопроникнення концептуальних підходів, так і нагромадження чимраз більшої фактографічної інформації. Відтак, на думку Л.Зашкільняка, на відміну від природничих наук, які здебільшого мають справу з неживою природою, в історичних знаннях у значно більшому обсязі представлені соціально-культурні, свідомісні за походженням індивідуальні і колективні світобачення та світосприйняття. Іншими словами, особливий індивідуально-культурний шар історичних знань займає в них значно більше місця, ніж в природничих, і пов'язаний з ідеологічними, психологічними, аксіологічними (ціннісними) орієнтаціями їх творця – історика.

Таке поєднання індивідуального, суб'єктивного підходу з застосуванням наукових методів і теорій, зумовлює інтерес до методологічних здобутків окремих науковців, успішні теоретико-методологічні напрацювання яких здобувають нових послідовників і стають світовим надбанням. Серед таких видатний німецький історик Райнгард Козеллек, якого Центр європейських гуманітарних досліджень НУ "Києво-Могилянська академія" називає лідером одного з найвпливовіших напрямів досліджень фундаментальних історичних понять, широко визнаного науковцями Європи і світу.

Дослідження Р.Козеллека є надзвичайно конструктивними для сучасних дискусій про методологію історико-правової науки, оскільки пропонують теоретичні засади розгляду минулого права на основі співвідношення категорій історія, право та справедливість. Для аналізу цього співвідношення Р.Козеллек висунув гіпотези про те, що, по-перше, історія та справедливість перебувають у відношеннях постійної нездоланної напруги, яка щоразу штовхає нас до нових спроб її подолання, що ніколи не можуть мати своїм результатом цілковитий збіг обох понять. По-друге, звідси випливає й те, що історія та право, за умови його розуміння як інституціонального механізму реалізації та практичного адміністрування справедливості, яка щоразу підлягає конкретизації, теж є взаємозумовленими та взаємопов'язаними величинами.

Осмисливши п'ять моделей історичного досвіду Геродота, Фукідіда, Августина, Канта, Гегеля, Р.Козеллек доходить висновку, що справедливість, попри всі варіанти свого осмислення в історії, є необхідною, проте недостатньою умовою для того, щоб довідатися, чим є сама історія. Таким чином, вчений уникає абсолютизації справедливості як центрального мотиву Універсальної історії, характерний, наприклад, для Френсіса Фукуями. У "Всесвітній ліберальній революції" Ф.Фукуяма стверджує, що від самого початку найсерйозніші та найсистематичніші спроби написання Універсальної історії вбачали її центральний мотив у розвиткові свободи. Історія була не сліпою низкою подій, а осмисленим цілим, в якому розвивалися та розгорталися ідеї про природу справедливого політичного та суспільного ладу".

Не абсолютизуючи справедливість, Р.Козеллек справедливо зазначає, що необхідність віднадходження справедливості входить до обов'язкового інтерпретаційного арсеналу професійного історика, згідно з чим він покликаний виявляти сліди справедливості в кожній зображуваній ним історії як неодмінний елемент їх тлумачення. При цьому на прикладі моделей трактування справедливості у загальній історіографії вчений переконує, що історія завжди є водночас продуктом хронологічної послідовності в часі та системної структурованості. Він з впевненістю стверджує, що в межах історичної науки не існує іншої такої ж спеціальної дисципліни, що так переконливо підтверджувала б цей висновок, як історія права. Посилаючись на дослідження Ф.Віаккера про системний внесок романської школи юриспруденції в адаптацію цивільного та господарського права до умов індустріалізації, Р.Козеллек виділяє думку, що певні правові норми та формальні правила стосовно того, що є справедливим , і далі жи-

© Семків В., 2011

вуть у часі й дають можливість здійснити водночас і зміну, й оновлення матеріального та процесуального права.

У зв'язку з цим Р.Козеллек ставить два актуальні для сучасної історико-правової науки запитання. По-перше, чим слід вважати історію права – наукою споглядання і спостереження, спрямованою на виявлення чи реконструкцію певних предметних сфер минулого, чи наукою насамперед прикладного характеру з можливістю звернення до старих надбань правової думки чи інституційних урегулювань минулого, які й сьогодні в більш-менш видозміненій чи опосередкованій формі могли б претендувати на чинність. Друге питання логічно пов'язано з першим. Це питання про повторюваність в історії права. На думку Р.Козеллека, право, щоб називатися таким словом, має характеризуватися повторними можливостями свого використання. Для цього необхідний максимум формалізму, регулярності, що виходить за межі конкретного випадку. Вчений стверджує, що "часові одиниці виміру історії права, хоча би про яке право йшлося, ґрунтувалися на можливості структурних повторів незалежно від того, на що претендують відповідні правові норми – на вічну тривалість у часі, чи на дію протягом визначених строків." Проблема повторюваності знайшла місце у дискусії українських правознавців щодо праворозуміння. Зокрема, М.Цвік констатував, що переважну більшість норм будь-якої правової системи становлять правила, які виникли на основі багаторазового повторення. Відтак загальна характеристика права не може не враховувати і не досліджувати феномен повторюваності, який становить підґрунтя формування права, його дії та реалізації.

Повторюваність спричиняє інші часові ритми історії права порівняно з політичною, соціальною чи економічною історією. Відтак Р.Козеллек констатує, що історія права, як і всіх правових положень зокрема, підлягає дії повторів і передбачає можливість свого повторного застосування, а тому охоплює триваліші строки або ж характеризується тривалістю і стосується в першу чергу структур, а не подій. Цей темпоральний аспект, завдяки якому історія права посідає притаманне лише їй місце у загальній історії, спричиняє наслідки як у плані специфічного аналізу джерел, так і в плані зв'язку з суміжними дисциплінами.

Концепція Р.Козеллека підштовхує українських істориків права до остаточного вирішення двох фундаментальних методологічних проблем історико-правової науки – необхідності виокремлення історії права і розмежування її з історією держави та створення інтегральної історії українського права. Реалізація задуму щодо створення такої інтегральної історії права, підсумовує Р.Козеллек, передбачає розгляд темпоральних відмінностей, котрі випливають із претензій будь-якого права на тривалість у часі та повторюваність. "Зміни в політичній, соціальній, економічній історії, історії мови та, зрештою і права, що взаємодіють між собою та зливаються воєдино у вчорашньому, нинішньому і завтрашньому досвіді, відбуваються з різною швидкістю. Саме ця різношвидкість, зумовлена предметною сутністю, породжує ту напругу у відповідний момент часу, розв'язанню якої покликане слугувати право протягом усієї історії свого існування".

ПЕРЕДУМОВИ ПРИЙНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРНІ ОСОБЛИВОСТІ ДІЮЧОЇ КОНСТИТУЦІЇ ПОЛЬЩІ(1997 Р.).

Тищик Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

80-ті роки минулого століття ознаменувались трансформацією, а далі поступовим розкладом комуністичної диктатури у Польщі, зрештою, як і інших країнах – сателітах Союзу РСР.

Це було результатом складного переплетіння зовнішно – і внутрішньополітичних факторів. До найважливіших з них належали: переміни у політиці Радянського Союзу щодо своїх країн – сателітів, погіршення соціально – політичних настроїв загалу населення у Польщі, початок глобальної економічної кризи комуністичного режиму, процес стихійної приватизації економіки, зростаюча ефективність діяльності демократичної опозиції і костелу. Зрештою, прояви цієї кризи мали місце у Польщі і раніше, зокрема, у 1956, 1970 і 1980 рр.

Подібно як і у випадку Другої Речі Посполитої, вирішальне значення щодо краху старого і народження нового режиме мала зміна міжнародної ситуації: у першому випадку вибух Другої світової війни, у іншому – прихід до влади у СРСР М. Горбачова, який проголосив «новий курс» у внутрішній та зовнішній політиці.

Починаючи з весни 1988р. Польщу охопила хвиля масових страйків, стихійних або ж організованих «Солідарністю» та іншими опозиційними силами.

Помітною подією було скликання у лютому 1989р. Круглого столу для переговорів між урядом і опозицією. Домовились, щоб не доводипи до вибуху у суспільстві, про проведення комплексу економічних і політичних реформ.

Уряд, президент (В.Ярузельський) та правляча партія ПОРП погодились ; на проведення вільних виборів до Сейму, відновлення колись існуючої верхньої палати – Сенату, розширення повноважень президента, про легалізацію раніше забороненого профоб'єднання «Солідарність».

З метою тиску на уряд і ПОРП ще більше активізувався страйковий рух, по всій країні виникали так звані громадянські комітети.

У червні 1989р. відбулися перші вільні (починаючи з 1945р.) вибори до парламенту. Обрано обидві його палати – Сейм і Сенат. Характерно, що від правлячої коаліції на чолі з ПОРП у першому турі виборів до Сейму було обрано лише п'ять послів з 299, а до Сенату – жодного.

Червневі вибори стали переломним явищем у політичному розвитку Польщі. Вони продемонстрували негативне ставлення більшості населення до комуністичної влади. Правда, президентом країни, за погодженням з опозицією, все - таки обрано представника коаліції генерала В.Ярузельського.

У країні поки що діяла далі Конституція ПНР 1952р. Але вже у грудні 1989р. Сейм прийняв поправки до неї, які усунули з її тексту комуністичну атрибутику; держава отримала назву Республіка Польща, усунено статті про керівну роль ПОРП, «непорушну дружбу» з СРСР, про побудову соціалізму; підтверджено принцип політичного плюралізму; внесено положення про відновлення органів самоврядування і свободу господарської діяльності.

Одночасно з внесенням поправок до діючої Конституції було створено дві комісії для підготовки нового Основного закону: сеймову і сенатську.

У травні 1990 р. в країні пройшли вибори до місцевих органів влади, які, хоч і при невисокій активності населення (42,2 %), підтвердили підтримку «Солідарності», кандидати якої здобули 41,5 % всіх місць (на другому місці опинились незалежні кандидати - 38 % місць).

Відбулися суттєві зміни у партійній системі: розпалася ПОРП, на її основі виникли дві інші партії (Соціал – демократія РП і Соціал – демократична унія), виникла Польська народна партія (Стронніцтво людове) і ін.

Президент В.Ярузельський, висуванець коаліції прокомуністичних партій, якої на той час вже не існувало, як і провідної її сили – ПОРП, вирішив восени 1990 р. подати у відставку.

© Тищик Б., 2011

Сейм тоді ж ухвалив поправку до Конституції 1952 р. – що надалі президент має обиратися не парламентом, а шляхом всенародного таємного голосування . Вибори на посаду президента відбулись у листопаді – грудні 1990 р.(було шість кандидатів, два тури виборів). Президентом Польщі обрано лідера «Солідарності» Л.Валенсу.

Початок 90-х років ознаменувався у Польщі рядом негативних явищ – загостренням економічних проблем, пов'язаних з приватизацією виробництва і уведення ринкових відносин, боротьбою політичних партій і сил, частими змінами урядів та ін. Між тим, продовжували свою роботу створені у грудні 1989р. обидві конституційні комісії.

Але польський політикум висловив думку, що в умовах політичної і соціально – економічної нестабільності у країни доцільно поки що виробити тимчасову Конституцію, або так звану Малу. Цю думку підтримав і президент Л.Валенса, який, до речі, підготував ще й свій власний проект Конституції (що передбачав значне розширення повноважень глави держави за рахунок парламенту , право призначення уряду і його відповідальність перед президентом, а також голів Вищої контрольної палати, Ради оборони, уповноваженого із захисту громадянських прав і ін.).

Власний проект Малої Конституції розробив і уряд, а також деякі провідні політичні партії, наприклад Унія демократична (УД).

Над усіма цими проектами розгорілись у парламенті , у партійних клубах і колах завзяті дебати.

Президент, крім того, надіслав до парламенту схвалений ним проект закону (авторства В. Осятинського) «Про розробку і схвалення Конституції Польської Республіки», тобто основної, або Великої, який передбачав, серед іншого, створення єдиної конституційної комісії (з представництвом обох палат парламенту, президента, Ради міністрів, Верховного суду і Конституційного трибуналу); проект належало обговорити і прийняти на спільному засіданні обох палат, та, що найголовніше, схвалити (або ні)на всенародному референдумі. Цей проект закону було доопрацьовано, внесено певні зміни, і 23 квітня 1992 р. схвалено у вигляді конституційного закону.

Була створена нова комісія для підготовки проекту Основного закону, але лише з послів Сейму і сенаторів (56 осіб). Праця комісію очікувала велика, отож парламент поки що 17 жовтня 1992р. прийняв закон «Про взаємовідносини між законодавчою і виконавчою владами Польської Республіки та про територіальне самоврядування». Її назвали Малою Конституцією, тобто – тимчасовою.

Закон складався з 78 статей, які визначали організацію, функції та взаємодію вищих органів державної влади і управління. Він визначав наявність трьох основних гілок влади – законодавчу (парламент у складі двох палат), виконавчу (президент і уряд) та судову (незалежні суди).

Парламент складався з двох палат – Сенату (кількість його послів – 460) та Сенату (100 осіб). Посли і сенатори обирались загальними, рівними, прямими,таємними виборами на пропорційній основі терміном на 4 роки. Парламент міг саморозпуститися достроково, міг його у певних випадках розпустити й президент.

Президента обирали загальними виборами на 5 років. Його наділено доволі широкими повноваженнями: мав право відкладного вето на закони, пропонував парламентові на затвердження кандидатури прем'єра та склад уряду, керував Збройними силами, відповідав за безпеку держави, очолював Раду національної безпеки, мав право у деяких випадках розпускати Сейм (наприклад, коли Сейм на протязі 3-х місяців з дня подання не приймав бюджету), мав право видавати укази та ін.

Сейм міг простою більшістю голосів виразити урядові вотум недовіри, а також подолати вето президента ⅔ голосів.

Територіальні органи самоврядування складались з виборних гмінних рад і воєводських сеймиків. Державну адміністрацію представляли воєводи і повітові старости.

Гострі політичні дискусії у парламенті, підхоплені ЗМІ, перекинулись і на суспільство. Виникали і розпадались партії, вибухали політичні скандали, фінансові афери, процвітала тіньова економіка, скандального характеру набула справа так званих люстрацій високих державних посадовців на предмет їхньої співпраці з службою безпеки колишньої ПНР. У Сеймі та

Сенаті відбувалося постійне перегрупування політичних сил, виникали нові групи і коаліції. Ускладнювалися стосунки між парламентом і президентом. Мінялися уряди.

У листопаді 1995 р. відбулися президентські вибори. Переміг у них кандидат лівих сил А. Кваснєвський. Польща стала налагоджувати свою економіку, стабілізувалася політична система, хоча й далі було багато партій, блоків, які часто конфронтували між собою.

Завершувалася робота над проектом Конституції. У січні 1997 р. конституційна комісія підготувала проект, який 2 квітня був схвалений на спільному засіданні обох палат парламенту (так званих Національних зборах). За нього проголосував 451 депутат, проти – 40, утрималось – 6.

Але належало ще винести прийнятий проект Основного закону на всенародний референдум. Опозиція, підтримувана костелом, агітувала населення не схвалювати проекту та висунула свій , альтернативний проект Конституції. Але Сейм відмовився його розглядати, отож на референдум винесено тільки один – офіційний проект.

25 травня референдум відбувся . У ньому взяло участь лише 42,86 % виборців, з яких більшість підтримала проект (52,77 %- «за», 45,89 % - «проти»).

Отож, Конституцію було прийнято. Її у літературі і ЗМІ називають «квітневою Конституцією».

Новоприйнята Конституція складається зі вступу, 13 розділів та 243 статей. Вона є за обсягом більшою за усі попередні. Конституція визначає Польщу як державу унітарну, демократичну, правову, яка є спільним добром усіх громадян і діє на засадах суспільної справедливості, суверенності народу, непорушності основних прав і свобод громадян та розподілу властей (ст.1,2,3,4).

У квітневій Конституції вперше визначено основні завдання держави, яка повинна служити народові і берегти незалежність і непорушність своєї території, гарантувати свободи і права людини і громадянина, безпеку громадян, національні здобутки і спадкоємство, забезпечувати охорону навколишнього середовища , керуватись засадою «зрівноваженого розвитку»(ст. 5).

Новими положеннями у конституційному праві Польщі є й такі: Конституція країни є найвищим правом Республіки Польща, її положення мають безпосереднє застосування, а органи публічної влади можуть діяти тільки на підставі і у межах права (ст.7,8).

Новелою є й таке положення: Республіка Польща дотримується ратифікованих у ній норм міжнародного права (ст.. 9), а також те, що держава гарантує свободу створення і діяльності політичних партій, які «організуються на принципах добровільності і рівності польських громадян з метою впливу демократичними методами на формування державної політики»(ст.11). Таке , до речі, доволі завуальоване формулювання дає можливість заборонити діяльність тих партій, які не сприятимуть «демократичними методами» діяльності держави. Зрештою, про це більш відкрито йдеться у ст. 13, де сказано, що, забороняється існування тих політичних партій та інших організацій, які у своїй програмі містять «тоталітарні методи і практики діяльності», зокрема нацизму, фашизму і комунізму, а також тих, «програма або діяльність яких містить чи допускає расову або національну ненависть, застосування насильства з метою захоплення влади чи впливу на державу політику або ж передбачає таємність структур чи членства».

Належить відзначити, що таких чи подібних положень у попередніх польських конституціях не містилося. Так само і таких, що Польська Республіка запевняє свободу преси і інших засобів масової інформації (ст..14). Зате незрозумілою є стаття 15, де йдеться про те, що «територіальний устрій Польської Республіки забезпечує децентралізацію публічної влади».

Як і у кількох попередніх конституціях, вказано, що основною засадою формування державного устрою країни є засада поділу властей на законодавчу, виконавчу і судову. Законодавча вручена двопалатному парламентові (460- особовий Сейм і 100- особовий Сенат), який обирається загальними, рівними, прямими, таємними виборами (з 21 року – до Сейму і з 30- ти років – до Сенату) на 4 роки.

«Найвищим представником Польської Республіки і гарантом тривалості державної влади» є президент. Він же очолює виконавчу владу. Президент обирається на 5 років загальнонародними виборами. Конституція наділила його досить широкими повноваженнями. Зокре-

ма, президент призначає прем'єр – міністра і міністрів, які той запропонує, може їх усіх відкликати. Але склад і програма уряду мають бути схвалені Сеймом.

Новелою у квітневій Конституції , поруч з іншими моментами, є надання права законодавчої ініціативи, поруч з депутатами парламенту, президентом та урядом – ще й групам щонайменше 100 тис громадян.

Звертають на себе увагу ще кілька моментів. Зокрема те, що після 1-го , загального розділу, у Конституції вже на наступному місці вміщено великий розділ (налічує 57 статей) про свободи, права і обов'язки людини і громадянина. Він містить підрозділи про загальні засади, особисті свободи і права, політичні вольності і права, економічні, соціальні та культурні.

Новелами є у Конституції розділи про джерела права (3- тій), про територіальне самоврядування (7-й), підрозділ про Уповноваженого з громадянських прав (9-й), про публічні фінанси (10-й)і надзвичайні стани (11-й).

В цілому квітнева Конституція Польщі є демократичним, добре продуманим і ґрунтовним Основним законом країни, правда, не позбавленим певних , хоч і незначних, недоліків.

ПРАВО ВЛАСНОСТІ ТА ІНШІ РЕЧОВІ ПРАВА У РИМІ ТА У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ

Федущак-Паславська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Речове право давнього Риму вивчали глосатори у XI-XII ст., аналізували судді середньовічної Європи, використовували законотворці XIX-XX ст. Сьогодні відбувається новий етап відродження римського права, зокрема у формі вивчення римського приватного права як надбання правової культури та використання норм римського приватного права як взірця при створенні нормативних актів, сприйняття та використання головних засад, ідей та категорій римського приватного права в тому числі і для створення нового спільного європейського права(ius commune Europe).

Речове право виникає, коли особа має таке право на річ, яке дає їй можливість безпосередньої дії на цю річ. Об'єктом речового права є річ. На відміну від сучасного розуміння речі – об'єкта речового права як матеріального предмета, - у римському праві річ в правовому розумінні (res) мала ширше визначення. Це були не лише матеріальні, не вилучені з обігу об'єкти (res corporales), а й res incorporales, тобто майнові права, які могли виникати, наприклад із договору, заповіту тощо.

Здійснена римськими юристами класифікація речей та виділення товарів, плодів, витрат і сьогодні мають значення при встановленні способів і форм набуття права власності.

Важливим внеском римських юристів, що став основою доктрини речового права, було розмежування фактичної і правової влади особи над річчю. У зв'язку з цим в Римі виділяли дві форми фактичного панування над річчю: володіння (possessio) та держання (detentio), а також правове панування, яке включало право власності та права на чужі речі.

Поняття володіння у Римі розвинулося в період республіки, коли землі, що були власністю держави, передавалися у володіння римським громадянам. Тому термін "володіння" тягне свої етимологічні корені від слова посідати, сидіти на землі. Не будучи власниками (не маючи права на річ) такі громадяни фактично користувалися земельними ділянками. А держава захищала їх володіння від втрати чи порушення. Звідси, поступово виникає посесорний (дослівно володільницький) захист, захист володіння за допомогою преторських інтердиктів, який надавався незалежно від того, чи мав володілець право власності на річ. Згодом, об'єктами володіння, крім земельних ділянок, стає і рухоме майно, і res corporales загалом. А в класичному римському праві об'єктами володіння є вже і майнові права. Термін "володіння" за римським правом спочатку означає панування особи над річчю, згодом позначає лише фізичне перебування речі в особи, яке є матеріальною основою володіння. В останньому випадку йдеться про держателя, який має possessio naturalis. Існує possessio civilis, яке, крім двох елементів володіння, вимагало наявності правових підстав при набутті речі.

На відміну від приписів римського приватного права та норм Французького цивільного кодексу (1804 р.) у Німецькому цивільному уложенні (1900 р.) , володіння, хоч і виступає як самостійний інститут права, але не є чітко відмежоване від держання. Крім того, з аналізу норм цивільного уложення випливає, що володіння німецький законодавець визнав правом, яке, однак в ієрархії речових прав поступається праву власності.

Право власності - один із тих правових інститутів, які особливо добре були розвинені у римському приватному праві. Власність істотно відрізняється від володіння, яке є тільки фактичним станом, в той час як власність є правом.

У римському праві довгий час не існувало терміну, яким би позначали право власності, а також єдиного поняття права власності, але існував перелік повноважень власника: 1) ius utendi (право користування), 2) ius fruendi (право отримання доходу), 3) ius abutendi (право розпорядження), 4) ius possidendi (право володіння), 5) ius vindicandi (право витребувати річ від кожного фактичного володільця). Заслугою римських юристів також вважають введення в обіг відсутнього у греків поняття."dominium", яке позначало абсолютну приватну власність,

© Федущак-Паславська Г., 2011

що передбачала законність набуття, виключність, абсолютність та постійність. На кінець класичного періоду власність називається "proprietas" і позначає власність як право повне, виключне, абсолютне.

У період кодифікацій XVШ-XIX ст.ст. була сприйнята конструкція права власності в тому вигляді якою вона була у римському приватному праві. Природничо-правова концепція, як філософська основа кодифікаційних робіт того часу, обгрунтовувала непорушність приватної власності тим, що це право належить людині від природи. А тому, право власності визначали як абсолютну і виключну владу особи над річчю. Належне людині від природи право власності надає також можливість безперешкодного обороту речей. Ліберальна конструкція власності стала правовим виразом свободи особи у сфері господарської діяльності. Адже, як вважають представники ліберального напрямку, якщо власність може існувати без свободи, то свобода без власності - ні. Разом з такими, на той час позитивними ознаками, концепція права власності містила і певні пережитки, зокрема залишалися ще такі поняття як неповна власність, обмежена власність.

Першим кодексом, який не мав цих пережитків був Французький цивільний кодекс.. І сьогодні ст.544 ЦК Франції визначає право власності як право користуватися і розпоряджатися речами абсолютним способом. Однак, як і в римському праві, власність в окреслений період у країнах Європи конструювалася як таке право, що реалізовується не порушуючи інтересів інших осіб. Це застереження, однак не трактується як обмеження права власності, а є встановленням меж реалізації цього права в інтересах спільноти(суспільної користі) чи в інтересах окремих осіб. Загалом, право власності ніколи не було правом абсолютно необмежним, але лише, порівняно з іншими,- найповнішим.

До кінця XIX ст. щоразу частіше критикують романістичне уявлення про власність як необмежену владу особи над річчю. І якщо до того акцентували на правах та інтересах індивідуального господаря-власника, то тепер йдеться про захист інтересів загалу. Відтак, серед політико-правових вчень набуває ваги теорія власності як суспільної функції. Зміна в доктрині у практику впроваджувалася судами, які в процесі тлумачення старих норм щодо права власності, базуючись на вимогах добра і справедливості, .надавали їм нового змісту.

Під час роботи над Німецьким цивільним уложенням в питанні права власності були зроблені спроби відмовитися від положень римського класичного права, сприйнятих Французьким ЦК. Однак це не знайшло належної підтримки. Відтак, згідно з параграфом 903 власник речі може розпоряджатися річчю на власний розсуд, не допускаючи впливу з боку інших осіб, але в межах закону та прав третіх осіб. Слід підкреслити, що німецький законодавець все ж не уникнув впливу римського права. але в даному випадку - права постклаcичного періоду з відповідними часу акцентами.

Римська система речових прав, крім власності, включає права на чужі речі, які з одного боку є обмеженням права власності, а з другого є обмеженими правами на чужі речі. У римському праві класичного періоду виділяли такі види прав на чужі речі: сервітути, емфітевзис, суперфіцій, заставу. Суттю прав на чужі речі є здійснення обмеженого панування над річчю, яка є власністю іншої особи. Будучи речовими правами, права на чужі речі абсолютні і надають їх суб'єктам можливість безпосереднього, хоч і обмеженого панування над річчю. В процесі рецепції римського права ці інститути розвивалися у країнах, правові системи яких базуються на римському праві. Відтак, усі зазначені категорії, хоча й вдосконалені змістовно, існують сьогодні, зокрема і у правових системах романо-германського типу правової системи.

ФЕОДАЛЬНІ ПОВИННОСТІ У СЕЛАХ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНИ (XIV-XVIII СТ.)

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Повинності, що покладалися на мешканців сіл волоського права мали низку особливостей порівняно із селами руського та магдебурзького права. Феодальні повинності включали в себе панщину (по кілька днів на рік) та обов'язок виконання різних поточних робіт. У XV ст. відбувається їх суттєве зростання, яке пов'язане із розвитком шляхетських фільварків та магнатських латифундій. Шляхетський фільварок був орієнтований на потреби середньовічного ринку. Це була виділена територія землі, яка становила власний господарський об'єкт відповідного шляхтича та приносила дохід на його користь за рахунок праці підлеглих селян. Основою фільварку була територія, розміри якої збільшувалися шляхом вирубування лісів, скуповування кнезатів (солтиств, війтівств) або приєднання громадських земель. Такий фільварок становив лише частину шляхетських володінь. До їхнього складу також входили навколишні села. Відповідно, селяни зобов'язані були виконувати на користь пана різноманітну роботу на фільварках, що, в свою чергу, впливало на розмір покладених на них повинностей. Розвитку магнатських латифундій сприяло зміцнення позиції магнатів. Латифундії становили величезні комплекси шляхетських володінь, які охоплювали фільварки, навколишні села і навіть приватні міста. Вони поділялися на «ключі» (країни, волості), які охоплювали кілька фільварків, навколишні села, мали спільний уряд.

Праця селян у фільварках означала обов'язок орати, сіяти, боронувати, косити сіно на полі феодала, гатити греблі користуючись, при цьому, власними знаряддями виробництва. Особливістю сіл волоського права було те, що вони тривалий час або взагалі були звільнені від панщини або ж панщина була незначною. Так, згідно з люстрацією 1565 р. мешканці с.Одрехова взагалі не виконували панщини. Поступово старости почали впроваджувати панщинні роботи, що спричиняло опір з боку мешканців села. Двічі селяни намагалась відкупитись від панщини. Для цього вони зібрали 1200 злотих, що було на той час значною сумою. Старости брали гроші, однак продовжували залучати селян до робіт. З огляду на численні скарги селян щодо неправомірних дій старости, дану справу розглядала королівська комісія. За результатами розгляду було прийнято рішення від 1583 р., яким встановлено панщину для мешканців села у розмірі двох днів на тиждень з лану.

Проти примушування до панщини виступали також інші села волоського права. Про це свідчить листування між королівською канцелярією та місцевими урядовцями. Польський король Сигізмунд Август скерував лист від 28 червня 1548 р. до адміністрації Сяноцького староства. Даним листом заборонялося притягати селян волоського права цього староства до панщини, оскільки вони від неї звільнені («*cum hoc constat Valachos… in omnibus villis nostris a laboris esse liberos…*»). Однак з кінця XVI ст. села волоського права поступово втрачають своє привілейоване становище і їхні мешканці починають виконувати повинності на рівні з мешканцями інших сіл.

З поширенням фільваркового господарства постійно зростали норми панщини. Так, у 1424 р. панщина в Галичині становила 14 днів на рік з кожного селянського господарства, а мазовецький князь Януш у межах своїх володінь встановив панщину у розмірі одного дня на тиждень. Торунський статут 1520 року визначав одноденну панщину (на тиждень) з одного лану як обов'язкову і мінімальну для усіх земельних володінь (королівських, шляхетських, духовних). У другій половині XVI ст. на більшості українських земель панщина становила два дні на тиждень з одного лану. На відміну від сіл руського права, характерною рисою «волоських» сіл було те, що панщина в них була значно меншою. Опис 1497 р., фіксуючи повинності сіл волоського права Перемишльської королівщини, про панщину згадує лише в с. Брилинцях (в околицях р. Вягр). Ревізори зазначають, що селяни зобов'язані жати 1 день на рік, а другий косити, а також рубати дерево, коли накажуть, але при цьому їх кличуть на толоку (частують).

© Шандра Р., 2011

Вони також повинні були супроводжувати старосту, коли їм накажуть. Такі ж обов'язки, ймовірно, покладалися на інші села Брилинської країни. Ті села Перемишльської королівщини, що знаходились над р. Стрвяж (Стрвяжська країна) ще наприкінці XV ст. взагалі не виконували панщинних робіт. У XVI ст. вони лише здійснювали поставку дерева.

Згідно з інвентарем, у 1553 р. панщина мешканців Брилинської країни зросла. Вони повинні були працювати на королівському фільварку 10 днів на рік. Інвентар 1553 р. також детально описує повинності сіл волоського права Стрвяжської країни. Селяни зобов'язані були жати жито в королівському фільварку один день на рік і звозити колоди на будову перемишльського замку. Також вони були зобов'язані зробити з половини лана по «*дві копи ґонтів*» та доставити їх до замку. Згідно з люстрацією 1565 р., лише деякі села волоського права Сяноцької землі виконували панщину. Так, мешканці сіл Сировиця, Смольник, Команча, Мигова, Лупків, Чистогорб, Туринсько працювали три дні на рік у фільварку. Окрім цього, вони постачали дерево на будову (1 або 2 бруси на рік). Селяни двох нових сіл – Должниці і Манівки, взагалі були звільнені від панщини. Населення інших сіл (Мощанець, Репеда, Куляшне, Яворник, Щавне, Одрехова) зобов'язане було поставляти 1 або 2 бруси дерева на будову замку (на рік) та виконувати сторожову повинність. Мешканці ще восьми сіл виконували лише сторожову повинність або ж супроводжували старосту в поїздках (села Лісна, Банничка, Сабанка, Миків, Магорчка, Вермівка, Ославича, Дарів).

На селян волоського права, як і руського (українського) та німецького права, покладались також інші повинності. Серед них можна згадати наступні: 1) ставити паркани (села Залолоть, Опака, Бистриця, Ясениця); 2) відвозили по два вози дерева на тиждень (села Підбуж і Сторона); 3) загороджувати пасовиська і копати рови (села Бистриця і Ясениця); 4) ремонтувати і ставити корчми та млини (села Головецько і Гвоздець); 5) возити необхідну кількість хмизу до замку (с. Воля Коблянська); 6) виставляти варту під час ярмарків (с. Гвоздець). Крім цих повинностей мешканці сіл волоського права Либохорської, Липецької, Розлуцької та Ільницької країн добували залізну руду, випалювали вугілля і возили все це до с. Демні (Сколівщина).

Деколи селян залучали до виконання додаткової роботи, пов'язаної із ремонтом замків та інших фортифікаційних споруд. При цьому, селяни зобов'язані були з'являтися із власною тягловою худобою та знаряддями праці.

До повинностей мешканців окремих сіл входив обов'язок привозити до замку певну кількість, так званого, «щорічного дерева»: брусів, колотого і тесаного дерева, крокв, дранок, ґонт. Така робота вимагала досить високого рівня майстерності та розподілу праці між мешканцями відповідного села. Одночасно, це сприяло виникненню нового виду промислу. Оскільки в королівських лісах селянам дозволялося брати дерево (як будівельний матеріал) для особистого будівництва, мешканці Підбузької країни організували виробництво стандартних будиночків на продаж. Селянин отримував дозвіл користуватись королівським лісом для побудови власного будинку, будував його на своїй земельній ділянці, а потім продавав його на вивіз. Після цього він будував новий будиночок і знову продавав його. Ця процедура могла повторюватись кілька разів.

Важливим джерелом доходів як для монарха, так і для феодалів були доходи із солеварень (у Галичині вони називались «жупами», на відміну від Закарпаття, де терміном «жупа» позначалась адміністративно-територіальна одиниця). Сіль видобувалася із соляних джерел, які виступали майже повсюди вздовж хребта Карпатських гір. Соляні джерела зафіксовані також у 500 населених пунктах Прикарпаття. На рубежі XVII-XVIII ст. тільки в межах Перемишльської землі функціонувало 12 соляних жуп, з яких 8 належали королівському скарбу: Старосільська, Дрогобицька, Нагуєвицька, Котівська, Модрицька, Колпецька, Спринська, Віська. Остання разом із Перемишльським староством здавалася в оренду шляхті. Інші сім королівських жуп входили до складу Самбірської економії і знаходились у віданні Самбірського піджупника, який призначався польським королем. Приватні жупи знаходилися у селах Шумині (належала польським магнатам з родини Мнішків), Тарнаві (належала родині Центерів), Сольці (родина Фредрів) та в містечку Добромилі (родина Красінських).

Обслуговування солеварень включало цілий комплекс робіт, які розподілялися між прилеглими селами волоського права. Окремі з вказаних робіт виконувались селянами за оплату.

Зокрема, на мешканців зазначених сіл міг покладатись обов'язок будувати та ремонтувати солеварні (села Підбуж, Сторона, Сприня та Спринька, Опака, Ясениця, Гвоздець та ін.), працювати на солеварнях (села Головецько, Дністрик Дубовий, Стрільбичі, Білич, Волошинова Воля, Лінина Мала та ін.), давати терлиці (так називалось знаряддя для тертя льону, конопель тощо) до солеварень, згідно з потребами (села: Головецько, Дністрик Головецький), а також возити до них камінь і дошки (село Опака та ін.). Ця повинність виконувалась за окрему плату.

Частина повинностей з часом замінено грошовою оплатою. Так, мешканці деяких сіл замість сторожової повинності зобов'язувались платити за сторожів для Старосільської солеварні (с.Стрільбичі - 14 злотих 12 грошів, с.Білич - 14 злотих 22 гроші, с.Лінина Велика - 10 злотих) або замість роботи на солеварні платити за двох робітників (с.Головецько - 40 злотих (20 півмірків вівса), с. Гвоздець - 20 злотих (10 півмірків вівса) та ін.).

Важливе значення для життєдіяльності солеварень мало забезпечення деревиною. Деякі села волоського права були зобов'язані возити для солеварень по 1-4 вози дров на тиждень. Для забезпечення солеварень дровами могла навіть тимчасово скасовуватись панщина. Так, у 70-х – 80-х роках XVI ст. внаслідок реорганізації Старосільську жупу перетворено у велике виробництво мануфактурного типу. Це спричинило необхідність збільшення поставок дров та забезпечення її підводами для перевезення бочок із сіллю до складів на берегах р. Сян. З цією метою у селах Озиминської волості було тимчасово скасовано польову панщину. Зі складів сіль продавали приватним торгівцям або переправляли Сяном та Віслою до складів у великих польських містах з метою її подальшої реалізації.

На селян більшості прикарпатських сіл покладався обов'язок щорічно здавати до, так званих, «бліх» певну кількість попелу. Так, згідно з люстрацією 1565 р. усі селяни с.Стебник Перемишляського староства зобов'язані були кожного року принести до Перемишльського бліху («*Blech Przemiski*») по одному «півмірку» попелу. Введення цієї повинності пояснюється потребами середньовічної промисловості. Попіл використовували для відбілювання полотна, обробки шкіри, сукна, виробництва мила та фарб. Окрім цього, попіл був основною сировиною, необхідною для виготовлення поташу.

У другій половині XVI ст. полотно стало предметом міжнародної торгівлі і, відповідно, значно розширилось його виробництво. Феодали почали масово будувати, так звані, «бліхи», у яких, власне, і відбілювалось полотно. Як наслідок, виникла потреба у введенні нової повинності у вигляді здачі попелу. Випалювання попелу набрало наймасовішого характеру у другій половині XVIII ст. у зв'язку із збільшенням попиту на поташ.

На мешканців сіл волоського права могла покладатись військова повинність. Як правило, обов'язок виконання цієї повинності був умовою надання привілею на заснування кнезату. Згідно з привілеєм, кнез отримував пусту землю або вже існуюче село, де засновував кнезат. Натомість, він зобов'язувався здійснювати військові обов'язки разом із підлеглим йому населенням. Деколи ця повинність виходила за межі військової служби і могла мати військово-поліцейський характер або поєднувалась з обов'язком здійснювати господарське забезпечення королівського війська. Так, польська королева Софія видала Я. Волоху привілей від 2 липня 1441 р. на с. Радошичі, яким мешканців села зобов'язано брати участь в забезпеченні королівського війська продовольством, а також у разі вимоги з боку старости прибути на охорону замку. Поступово військова повинність замінюється спеціальним грошовим збором – «воєнщзиною» («*wojęszczyzna*»).

Сторожова повинність була особливістю сіл волоського права. Це, перш за все, пов'язано із розміщенням значної кількості сіл волоського права поблизу кордонів (з Угорським королівством, Молдавським князівством). Ця повинність покладалась на селян для охорони військових, господарських об'єктів, полів і лісів. Вже у документах, датованих 1592 роком вона згадується як стародавня. Згідно сторожовою повинністю, двадцять гірських сіл Самбірщини скеровували у Старосамбірський замок по шість сторожів, а віддаленіші села – два сторожі. Ще шість сторожів стерегли «від небезпеки» замок у Новому Самборі. На випадок небезпеки з боку ворога, а також на час свят в день св. Онуфрія та св. Спаса, передбачалась посилена охорона.

На селян «волоських» сіл Мощанець та Куляшне покладався обов'язок стерегти ліси та пасовища біля митних переходів. Очевидно, до їхньої компетенції входив також обов'язок

щодо стягнення зазначеного мита. У люстрації 1565 р. зазначено, що з території Угорщини приходять численні вівчарі з метою випасання овець на полонинах, будують там собі кошари, а зимою рубають в лісах дерево своїм вівцям. З таких вівчарів на користь держави стягувався разовий натуральний збір: від кожних ста овець забиралась одна вівця. Стягнення збору покладалось на кнеза.

Сторожова повинність інколи полягала в забезпеченні охорони урядовців під час їхнього приїзду у село. Так, на кметів восьми новозаснованих сіл волоського права, які знаходились біля кордонів Сяноцького староства з Угорщиною, крім обов'язку стерегти полонини та ліси, покладався обов'язок супроводжувати старосту або його урядовців до угорського кордону, а також у разі необхідності здійснення ними судочинства. Селяни з села Ломниця, крім охорони лісів та митних переходів, повинні були також їздити з писарем (очевидно, замковим) і відбирати натуральні данини.

Отже, особливістю сіл волоського права було те, що їх мешканці тривалий час взагалі звільнялися від повинностей. Це було пов'язано з їх розташуванням у гірських прикордонних районах та віддаленістю від фільварків. Однак, починаючи з XVI ст. вони теж починають залучатися до виконання панщини і поступово втрачають свій привілейований характер.

ОРГАНІЗАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА В НІМЕЧЧИНІ

Якимець О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Виникнення інституту адміністративного судочинства в Україні пов'язано із вивченням та використанням зарубіжної практики контролю за діяльністю адміністративних органів. Існує декілька форм контролю, що забезпечують реалізацію основних принципів управління в державі: адміністративний, політичний і судовий. Саме судовий контроль у державах західної демократії досягнув діючих форм організації відносно недавно. Сучасна стадія його інституційного розвитку пов'язана з остаточним формуванням адміністративної юстиції. Вона являє собою систему правових принципів, інститутів і методів, «що дозволяють приватним особам у судовому порядку оскаржити неправомірні акти публічної адміністрації та захистити їх суб'єктивні права і законні інтереси». Адміністративна юстиція, володіючи незалежністю від адміністрації та основними рисами судового устрою, сьогодні є однією з найбільш надійних гарантій від зловживань владою.

Історичний досвід та добре організована система управління адміністративних судів Німеччини, яка дозволяє здійснювати ефективний захист прав та інтересів людини, може бути врахована при утвердженні в національній правовій практиці сучасних європейських цінностей і наближення новоствореної системи адміністративної юстиції до стандартів, що нині панують у демократичних країнах світу.

Система адміністративних судів, їх компетенція та порядок розгляду справ адміністративними судами в Німеччині детально регламентується Законом «Про адміністративно-судовий процес», прийнятим 21 січня 1960 року. Право на подання позову визнається матеріальним правом, а тому становить не лише підставу для судового провадження, а і його захисну мету. Якщо порівняти з правом інших європейських країн, німецький адміністративно-правовий захист відмінний тим, що він має вужчі межі, проте прагне забезпечити більшу міру ефективності захисту індивідуальних прав.

Гарантія правового захисту, що міститься в абзаці 4 статті 19 Основного закону ФРН, реалізується тоді, коли йде мова про порушення конкретних власних прав особи, тобто метою є захист прав, що належать окремій особі. У зв'язку з цим Основний закон ФРН не надає можливості для пред'явлення скарги з метою захисту прав громадян. У такій же мірі навряд чи знайдуть розуміння у законодавця і вимоги, що містяться в «суспільному» позові (або «альтруїстичному громадському позові»), коли певне об'єднання переслідує захист не належних їм суб'єктивних прав, а інтересів громадськості. Якщо ж виходити з конституційно-правового забезпечення захисту прав, то слід зазначити, що в деяких землях Німеччини була встановлена можливість направлення позовів до суду і колективних суб'єктів, наприклад, в галузі охорони навколишнього природного середовища.

Отже, стаття 19 абзацу 4 Основного закону встановлює індивідуалізований спосіб захисту інтересів позивача та не робить суди універсальними контрольними інстанціями. Там де адміністративні процедури не наштовхуються на суб'єктивні права або де носій цих прав не виявляє готовності до судового спору, виконавча влада за цією концепцією звільняється від судової перевірки. Позов залишається позовом постраждалого, визначеним матеріальним правом. Тому на позови зацікавлених осіб і позови спілок дія не поширюється.

Якщо мова йде про посилення значення судів із їхніми специфічними можливостями в системі контролю, особливо відрізняється роль судового провадження як форуму з'ясування інтересів на нейтральному ґрунті. Незалежність і безсторонність судді, «рівність зброї» та широкі можливості учасників висловити свою думку є особливими якісними ознаками. Не юридичне рішення, не процедура ухвалення рішення як абстрактна модель перебігу, а комунікативний компонент процесу висувається в такий спосіб на передній план. Тут іще не розмежовані складові розгляду справи, спрямовані на спір і його врегулювання. Правова оцінка вирішува-

© Якимець О., 2011

ного спору повинна ґрунтуватися не лише на контролі стосовно відстеження (відтворення) фактів у судовому засіданні, але й у поєднанні з контролем щодо самого обґрунтування стороною цих фактів.

Право бути заслуханим судом (правова дискусія) становить ще одну з особливостей адміністративного судочинства Німеччини. Право особи на звернення до суду (абзац 1 статті 101 Основного закону: «ніхто не може бути вилученим із відання свого законного судді») та право бути вислуханим у відповідності до закону в суді (абзац 1 статті 103 Основного закону) відносяться до основних юридичних гарантій адміністративно-судового процесу. У разі їх порушення (як і у випадку порушення статті 19 абзацу 4 Основного закону або порушень інших основних прав) кожен може звернутися зі скаргою до Конституційного суду.

Правова дискусія може не лише закласти фундамент для правильного сприйняття спірного рішення, але й дозволяє завершити провадження за згодою. Міркування про комунікативне завдання адміністративного процесу може також стати основою для врегулювання спору на основі медіації завдяки збалансуванню інтересів конфліктуючих сторін.

Слід відмітити, що порівняно з Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України) компетенція адміністративного судочинства в Німеччині є набагато вужчою. Так, наприклад, публічно-правові спори у галузі соціального страхування віднесені до компетенції судів з соціальних питань.

Серед інших положень КАС України, що мають засадничий характер, не можна обминути увагою припис пункту 4 частини 1 статті 17 КАС України, яким передбачена можливість розгляду адміністративними судами позовів суб'єктів владних повноважень стосовно фізичних і юридичних осіб. На відміну від положень статті 17 КАС України в адміністративному судочинстві Німеччини не передбачено звернення до адміністративного суду суб'єкта владних повноважень. Зокрема, справи про стягнення податків та мита віднесені до компетенції фінансових судів.

Звернення до адміністративного суду Німеччини можливе лише у тому випадку, якщо скарга особи була відхилена адміністративною інстанцією, вищестоящою по відношенню до тієї, яка видала оскаржуваний акт. Таким чином, позов про оспорювання управлінського акту може бути подано до адміністративного суду тільки після перевірки цього акту в порядку попереднього адміністративного оскарження.

На позивача покладається обов'язок доведення факту порушення своїх прав, а сам захист може здійснюватися лише проти акту «публічної влади». Під публічною владою, в сенсі абзацу 4 статті 19 Основного закону, німецький федеральний Конституційний суд розуміє тільки виконавчу владу (тобто «захист здійснюється суддями, а не проти суддів»). Якщо парламентський закон порушує основні права осіб, то можна звертатися зі скаргою безпосередньо до Конституційного суду, у всякому разі тоді, коли не потрібно застосування адміністративного рішення і заснованого на ньому використання захисту права у спеціальних судах.

Отже, не лише сам своєчасний правовий захист, достатні компетенції суду щодо перевірки та роз'яснення, але й також придатні можливості для виконання рішення створили таку систему адміністративного судового контролю за управлінням, що забезпечує як ефективність діяльності адміністрації, так і дотримання індивідуальних прав осіб. Мета слугувати індивідуальним правам, яку Основний Закон із особливим наголошенням ставить перед адміністративними судами, наділила вимогу щодо адміністративного судового втручання у Німеччині значними можливостями та потенціалом розвитку.

КИЇВСЬКА РУСЬ ЯК СУБ'ЄКТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН (СЕРЕДИНА - ДРУГА ПОЛОВИНА IX СТ.)

Ясінська Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після розпаду першого політичного об'єднання східних слов'ян Антського царства, на його руїнах у VII ст. починає формуватися нове, могутніше державне утворення, що дістало назву Русь. Середина IX ст. в історії Русі була поворотним моментом. Саме в цей час завершується складний і тривалий процес формування феодалізму у східних слов'ян і давньоруської державності. Часів правління Аскольда (середина і друга половина IX ст.) стосуються повідомлення арабських письменників про три центри Русі: Куявію, Славію та Артанію. Куявія – це Київська Русь, тобто держава Аскольда, що охоплювала південну групу східнослов'янських племен з центром у Києві.

Географічне положення Київської Русі, її політичні та економічні інтереси визначали необхідність встановлення міжнародних зв'язків, насамперед, і головним чином із сусідніми країнами. Зовнішня політика Аскольда, як свідчать джерела, була дуже активною. Головні інтереси тогочасної Русі лежали на півдні та південному сході. Її приваблювали багаті і сильні держави: Візантія, кавказькі країни – Грузія, Вірменія, Азербайджан, навіть Багдад, що саме в цей період став столицею халіфату. Одне з чільних місць серед цих країн належало Хозарії. Західнослов'янські держави (Великоморавське князівство, Польща) не були у той час в орбіті політичних зацікавлень київського князя, оскільки, очевидно, переживали тоді ще початковий етап у формуванні своєї державності і не були для Русі активним контрагентом ані в економічному, ані в політичному, ані у військовому аспектах. Характер міжнародних відносин Київської Русі був найрізноманітніший: війна, торгівля, дипломатія, династичні союзи, укладення міжнародних договорів, тощо.

З Хозарією, яка від початку IX ст. відчутно хилилася до занепаду, Аскольд підтримував мирні, може навіть союзницькі відносини. Хозарія, не загрожуючи Русі, допомагала їй стримувати натиск завойовників зі сходу, насамперед – печенігів, а тому була в загальному зовнішньополітичному балансі київського князя позитивною і досить вагомою складовою. Зрештою, активна торгівля зі сходом, яку Київська Русь провадила у IX ст. у свою чергу потребувала мирної обстановки на східних рубежах країни.

Так само лояльними (навіть союзницькими) були відносини Русі з мадярами, які в першій половині і середині IX ст. утворили політичне об'єднання в басейні Дону, а змушені відійти під тиском печенігів на захід, в область Нижньої Наддніпрянщини, вони із сфери хозарського впливу потрапили під київський протекторат. Ватажок мадярів Олмош був спільником і, можливо, особистим другом Аскольда (саме він збудував на могилі вбитого Олегом Аскольда церкву святого Миколи).

Цікавими і вагомими для аналізу зовнішньої політики Аскольда є свідчення арабського автора IX ст. ал-Якубі про допомогу проти арабської навали, надану царем слов'ян, разом із Хозарським каганатом і візантійським імператором, племенам Кахетії. Незважаючи на неясність деталей, сам факт участі київської дружини в союзі з хозарами і візантійцями у спільному поході до Закавказзя проти арабської експансії виглядає дуже промовистим. Він демонструє конкретний випадок воєнного альянсу в подіях, що становили спільний інтерес для трьох країн. Відомий також і похід Русі на Абесгун (південне узбережжя Каспію), про який повідомляє арабський хроніст Ібн Ісфендіар.

Південно-західний напрямок зовнішньої політики Аскольда, пов'язаний із відносинами з Болгарією і Візантією. Візантійська імперія становила основний об'єкт зацікавлення київського володаря, а Болгарія – була природним союзником Русі на її шляху до Константинополя, бо й сама вела змагання з візантійською претензією на загальне панування. Хоча з іншої сторони, властива кожній ранній напівварварській державі експансіоністська тенденція неминуче зумовлювала і конфлікти між цими слов'янськими державами.

© Ясінська Л., 2011

Вершиною зовнішньополітичної активності Аскольда, без сумніву, були його походи (або – за деякими авторами – похід) на Візантію. Успішні в цілому, вони вивели Русь в число наймогутніших держав середньовічної Європи і міцно ствердили її міжнародний авторитет. Про ті події писали і візантійські публіцисти, і західноєвропейські історики, про них згадував папа Микола у листі до візантійського імператора. Навіть давньоруські документи, в яких усі відомості про реальну діяльність Аскольда ретельно викреслювалися, донесли до нас згадки про ті події. Відносно питання скільки було походів і коли саме вони відбулися, які угоди було укладено і чи було, в науковій літературі є різні думки. Але це тема для більш ґрунтовної розвідки. Слушною видається аргументація М. Брайчевського, який вважає, що походів було чотири. Перший відбувся у 860 році. Візантія, цілком очевидно, відкупилася від небезпечного ворога контрибуцією і даниною, та головний політичний сенс походу полягав не тільки в матеріальному зиску. Як справедливо підкреслив А. Сахаров, найбільшим досягненням Аскольда було дипломатичне визнання Русі як контрагента імперії. Цим Київська держава ствердила свою міжнародну позицію як суверенний політичний організм. Другий похід, імовірно, відбувся близько 863 р., третій – 866 р. (закінчився фатальною поразкою Русі). Останній похід відбувся 874 р. і мав цілком позитивні наслідки. Імператор Василь І Македонянин поспішив укласти з київським володарем мирний договір. На цей раз, очевидно, все було оформлено з дотриманням усіх необхідних формальностей. Сам факт підписання угоди чітко відзначений у джерелах як візантійських (Константин Багрянородний), так і давньоруських (Никонівський літопис).

Цікавою, слушною і такою, що потребує додаткових досліджень є думка М. Брайчевського про те, угоди з Візантією, тексти яких вміщено в «Повісті минулих літ» під 907 та 911 рр. насправді були укладені не Олегом на початку X ст., а на кілька десятиліть раніше київським царем Аскольдом. Також, на думку цього авторитетного вченого, саме за часів Аскольда, а не Володимира, у Київській русі було запроваджено християнство. Хрещення мало загальнодержавний, а не локальний чи приватний характер і було складовою закономірного процесу, що охопив у той час майже всю південну частину Східної Європи і становив собою логічне історичне явище.

З прийняттям християнства міжнародні відносини Київської Русі ще більше розширились і поглибились і це зрозуміло, оскільки християнство, як загальноприйнятна в Європі релігія, ще більше зблизила Русь і Європу.

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

ЛЕГІТИМНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ ЯК ЇЇ ЮРИДИЧНА ВЛАСТИВІСТЬ

Бориславська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблематика Конституції як специфічного правового акта та політико-правового документа перебуває у центрі уваги науковців-конституціоналістів. Поряд із цим, серед присвячених їй робіт практично відсутні праці щодо системного аналізу проблеми легітимності конституції. Можливою причиною цього, як зауважує Ренді Барнетт, є ставлення до конституції як до чогось «священного», і тому для багатьох будь-який сумнів в її легітимності означав би визнання її недосконалості.

Водночас на практиці чинність конституцій у режимах, наближених до демократичних, проте таких, що мають певні відхилення від загальноприйнятих стандартів демократії, досить часто пов'язана із проблемою їх легітимності.

Актуалізується час від часу і питання легітимності Конституції України, зокрема у зв'язку із тими чи іншими політичними подіями. Останньою такою подією стало прийняття Конституційним Судом України Рішення від 30 вересня 2010 р. у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України, в результаті чого піднялася хвиля обговорень проблеми легітимності як чинної редакції Конституції України, так і її редакції 2004 року. Розглядаючи питання легітимності конституції, як правило, ідуть від зворотного: легше визначити, яка конституція не є легітимною, аніж дати чітку відповідь на питання – що ж таке легітимність конституції?

Як видається, легітимність конституції слід розглядати як одну із її юридичних властивостей, що перебуває у системній єдності із іншими її юридичними властивостями.

Передусім, Конституція – акт установчої влади народу. Це найважливіша особливість Конституції, з якої випливають усі інші її юридичні властивості – верховенство, стабільність, легітимність та інші. Визначення Конституції актом установчої влади народу неодноразово знаходимо у правових позиціях Конституційного Суду України (Рішення № 3-зп 1997 року; Рішення № 4-зп 1997 року; Рішення № 7-рп/2001; Рішення № 6-рп/2008 тощо).

Будь-який спосіб прийняття так званої установчої (демократичної) конституції – установчі (конституційні) збори (асамблеї), парламент, референдум, змішаний (поєднання перелічених форм) – має своєю метою реалізацію установчої влади народу, а за змістом є механізмом реалізації такої влади.

Виходячи із того, що Конституція є втіленням установчої влади народу, а увесь масив законодавства, що за правовою природою є продуктом діяльності держави, відповідно, має похідний від Конституції характер (як і держава має похідний характер від народу). За рахунок цього Конституція має вищу юридичну силу (верховенство), аніж усі законодавчі акти, та водночас слугує основою для нормотворчості у державі.

У змістовному зв'язку із згаданими перебуває і така юридична властивість конституції, як її легітимність. Легітимність конституції означає відповідність її тексту (змісту) волі народу, що зовнішньо відображається у загальному її визнанні (consensus omnium). При цьому легітимність забезпечується: по-перше, відповідністю змісту конституції праву; по-друге, дотриманням процедур установлення конституційних норм (їх прийняття та зміни).

Легітимність конституції – це та її юридична властивість, що вказує на істину сутність держави: у державі конституційній, демократичній сумнівів у легітимності конституції не виникає, адже і процедурно, і змістовно цей акт не суперечить, а, навпаки, відповідає праву. В той же час, застосування тих процедур конституювання, які не мають своєю суттю реалізацію принципу установчої владу народу, свідчить про відхід від базових цінностей демократії. Це

© Бориславська О., 2011

такою ж мірою призводить до сумнівів у легітимності конституції, як і включення до її тексту таких положень, що змістовно суперечать принципам демократії.

Стабільність конституції забезпечується ускладненою процедурою внесення до неї змін, в основі якої також лежить реалізація установчої влади народу. Такі зміни є легітимними лише за умови, якщо: 1) вони внесені належним суб'єктом (котрий володіє установчою владою); 2) за змістом відповідають праву; 3) внесені із неухильним дотриманням процедури, передбаченої конституцією. Тільки дотримання усіх трьох зазначених умов наслідком має легітимність зміненої конституції загалом. Невиконання хоча б однієї із них призводить до сумніву у легітимності конституції як акту.

Важливим аспектом легітимності конституції є її загальне визнання та повага до неї. При аналізі цього питання переважно увага звертається на суспільний консенсус як передумову загального визнання, а отже й легітимності конституції. В Україні ж, поряд із цим, існує ще одна проблема, пов'язана із визнанням Конституції верховним актом та, відповідно, повагою до неї, передусім, з боку політиків, органів публічної влади та їх посадових осіб. Ситуацію, що склалася в Україні, лаконічно охарактеризував заступник секретаря Венеціанської Комісії Томас Маркет: «Українські політики хочуть гратися конституційними правилами замість того, щоб грати за ними».

Усі інші властивості Конституції – верховенство, стабільність тощо – нівелюються, якщо у суспільстві демонструється практика порушення конституційних норм державою (в особі її органів чи посадових осіб), тлумачення їх «під конкретну ситуацію», відсутність відповідальності за таку діяльність. Відтак, легітимна Конституція – важлива складова правопорядку та водночас його гарантія.

Отже, як одна із юридичних властивостей конституції, її легітимність – важлива особливість, зовнішнім виразом якої є загальне визнання її суспільством, що є передумовою її неухильного дотримання, а змістовно вона випливає із правової природи конституції як акту установчої влади народу, чим зумовлюється необхідність дотримання відповідної процедури прийняття та зміни конституції та відповідность змісту конституції волі народу.

ДЕРЖАВНІ ОРГАНИ ЯК СУБ'ЄКТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.

Бориславський Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Актуальним напрямком сучасної науки конституційного права України є дослідження проблеми конституційно-правової відповідальності, оскільки вона є одним із важливих способів правової охорони Конституції, конституційних прав і свобод людини і громадянина та конституційного правопорядку в Україні.

Сьогодні більшість українських конституціоналістів не ставить під сумнів існування конституційно-правової відповідальності. В той же час проблема конституційно-правової відповідальності є однією із найскладніших в науці конституційного права України. Це можна пояснити тим, що по-перше, цей вид юридичної відповідальності в Україні прямо в чинному конституційному законодавстві не передбачений.

Тенденції розвитку української держави змушують приділяти більше уваги подальшій розробці цього інституту конституційно-процесуального права. Об'єктивна необхідність існування інституту конституційно-правової відповідальності обумовлена передусім не тільки потребою встановлення чіткого порядку здійснення у конкретних конституційно-правових відносинах прав і обов'язків, але й встановлення правової відповідальності за ухилення від встановленої моделі поведінки.

По-друге, тривалий час в науці панувала думка, що реалізація норм конституційного (державного) права здійснюється, як правило, організаційно-правовими засобами. Їх виконання забезпечується, якщо є потреба, санкціями інших галузей права – кримінального, адміністративного, частково цивільного. Сьогодні зрозуміло, що такий підхід був помилковий навіть тоді, коли взагалі було мало норм конституційного (державного) права, тим більше які би містили міри відповідальності, санкції, хоча і в той час вони існували, наприклад, позбавлення громадянства, відкликання депутата, скасування рішень ради тощо. Вважаємо, що кожна галузь права повинна забезпечувати реалізацію своїх норм перш за все власними засобами в тому числі і мірами відповідальності, а вже пізніше санкціями інших галузей права.

По-третє, наука конституційного права України лише починає розробляти проблему конституційно-правової відповідальності. В силу чого висловлюються різні міркування, точки зору. Вищенаведене обумовлює актуальність аналізу таких питань, в першу чергу, як відповідальність органів держави та їх посадових осіб учасників конституційно-правових відносин.

Важливим питанням конституційно-правової відповідальності є коло суб'єктів, які несуть юридичну відповідальність. Наявність суб'єкта – необхідний елемент складу конституційного правопорушення, який становить собою правову характеристику того, хто вчинив конституційне правопорушення, суб'єкта в діях якого є описаний в конституційно-правових нормах делікт. На такого суб'єкта конституційного правопорушення покладається конституційно-правова відповідальність за ухилення його поведінки від правової моделі, яка встановлена диспозицією конституційно-правової норми. Власне самі суб'єкти конституційно-правової відповідальності визначаються, як правило, гіпотезою конституційно-правової норми. Так органи місцевого самоврядування несуть відповідальність за свою діяльність перед територіальною громадою, державою, юридичними і фізичними особами (ч.1 ст.74 Закону). Аналіз Конституції України дозволяє назвати суб'єктів конституційно-правової відповідальності. До таких суб'єктів слід відносити, в першу чергу, державу, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, громадян та їх об'єднання у політичні партії і громадські організації для здійснення і захисту своїх прав.

Перш ніж перейти до характеристики органів державної влади як суб'єктів конституційно-правової відповідальності, доцільно зупинитися на понятті суб'єкта. В теорії держави і права, як і в галузевих юридичних науках суб'єкт права розглядається як сукупність трьох

© Бориславський Л., 2011

елементів: правоздатність, дієздатність, деліктоздатність. Ці елементи об'єднуються при використанні більш загального поняття - правосуб'єктності.

Що становить собою конституційна правосуб'єктність?

В самому загальному вигляді – це правова можливість суб'єкта бути учасником конституційно-правових відносин. Складовими елементами конституційної правосуб'єктності є конституційна правоздатність і дієздатність. Вона виникає практично у всіх суб'єктів конституційно-правових відносин одночасно. У державних органів – з моменту утворення, у громадських організацій і політичних партій – з моменту державної реєстрації, у посадових осіб – з моменту заміщення відповідної посади, у громадян – з певного віку та отримання відповідного конституційного-правового статусу.

В правовій літературі, система суб'єктів конституційно-правової відповідальності характеризується суттєвою різноманітністю, як і власним змістом прав і обов'язків різних суб'єктів конституційно-правових відносин. По-перше коло суб'єктів конституційно-правової відповідальності досить широке, так як конституційно-правовим відносинам характерна велика різноманітність, яка породжує різнобічні юридичні зв'язки між суб'єктами. Правда в юридичній літературі була висловлена думка, що коло суб'єктів конституційно-правової відповідальності є вузьке і включає в себе лише вищі посадові особи, органи державної влади, органи місцевого самоврядування. Суб'єктам конституційно-правових відносин властивий особливий суб'єктивний склад, наприклад, народ, держава, її органи, глава держави.

В науці конституційно-процесуального права України, як правило, до суб'єктів конституційно-правової відповідальності відносять: 1. соціально-громадські і національно-політичні та адміністративні утворення; 2. державу, Автономну Республіку Крим як невід'ємну складову частину України (ст.3 ч. II, ст.134, 137 ч. II Конституції України); 3. органи державної влади; 4. об'єднання громадян публічного характеру; 5. органи місцевого самоврядування; 6. посадові особи; 7. громадяни. Зрозуміло, що кожен з цих суб'єктів володіє різною конституційною правосубєктістю. Так, народ, нація і держава не можуть нести конституційно-правову відповідальність. Для того, щоб притягнути суб'єкта конституційно-правових відносин до відповідальності необхідні, як мінімум, дві передумови: обов'язки, які забезпечені відповідними санкціями; по-друге, мати можливість сприйняти дію санкцій, передбачених конституційно-правовими нормами.

Вищевикладене дозволяє сформулювати поняття суб'єкта конституційно-правової відповідальності. Це учасники конституційно-правових відносин, на яких покладено закріплений конституційно-правовими нормами обов'язок відповідати за свою юридично значиму поведінку у сфері конституційно-правових відносин, що забезпечується можливістю застосування конституційно-правових санкцій. Зауважимо, що суб'єкт конституційно-правової відповідальності повинен мати визнану конституційно-правовими нормами здатність нести конституційно-правові санкції.

Кожному з видів суб'єктів конституційно-правової відповідальності властиві певні специфічні риси, які відмежовують сутність заходів впливу, які застосовуються до різних видів суб'єктів, а також обумовлюють і застосування особливої правової процедури.

Мова може йти про таких суб'єктів як державні органи, органи місцевого самоврядування. До числа державних органів як суб'єктів конституційно-правової відповідальності можна віднести Верховну Раду України, Президента України, виконавчі органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Основними особливостями вказаних суб'єктів є: наявність владно-розпорядчих повноважень, специфічне положення, яке займають в системі державних органів, особливе правове регулювання процедури дострокового припинення таких повноважень (як правило, участь органів судової влади), основним змістом відповідних санкцій є припинення діяльності відповідного органу в даному складі (розпуск, розформування).

Що торкається відповідальності інших суб'єктів конституційно-правової відповідальності, то це тема самостійного дослідження.

Характерною рисою конституційно-правової відповідальності державних органів, яка відрізняє її від інших видів юридичної відповідальності є своєрідність її санкцій. Сьогодні можливі наступні конституційно-правові санкції: 1. попередження, яке виноситься керівнику державного органу; 2. відкликання посадової особи виборцями; 3. відкликання депутата орга-

ну місцевого самоврядування; 4. розпуск, дострокове припинення повноважень органу; 5. прийняття резолюції недовіри; 6. усунення з поста Президента України; 7. звільнення з посади; 8. зупинення дії актів державних органів; 9. скасування актів державних органів; 10. визнання актів неконституційними тощо.

Ряд науковців вважає, що такі міри як визнання актів неконституційними, застосування «вето» не є мірами конституційно-правової відповідальності. Як видно із наведеного вище переліку, всі санкції, крім попередження, носять радикальний характер і передбачають припинення повноважень.

Отже, на нашу думку, конституційно-правової відповідальності державних органів властиві всі загальні ознаки юридичної відповідальності, які характерні й для інших видів юридичної відповідальності.

ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ ТА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

Гураль П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У вітчизняній та зарубіжній літературі громадянське суспільство визначається як суспільство з розвиненими економічними, політичними, духовними та іншими відносинами та зв'язками, яке взаємодіє з державою та функціонує на засадах демократії та права. Побудова громадянського суспільства з метою суспільного розвитку. Засобом всебічного забезпеченням інтересів, прав та свобод людини і громадянина.

Виходячи з цих положень ще в 1991 році Верховна Рада розробила та схвалила Концепцію Конституції України, в який містився розділ ІІІ «Громадянське суспільство і держава» передбачається, що Конституція України має закріпити основи формування, розвитку і захисту громадянського суспільства, визначити засади взаємозв'язків з державою. Вона, зокрема, повинна проголосити пріоритет громадянського суспільства над державою, яка забезпечує умови нормального його функціонування.

Згодом Конституційна комісія підготувала Проект Конституції України в редакції від 26 жовтня 1993 року, в якому був відповідний розділ, що складався з 8 глав: Глава 7. Загальні положення; Глава 8. Власність; Глава 9. Підприємництво; Глава 10. Екологічна безпека; Глава 11. Сім'я; Глава 12. Освіта, наука і культура; Глава 13. Громадські об'єднання; Глава 14. Свобода інформації.

У Главі 7. Проекту визначалось, що громадянське суспільство ґрунтується на засадах свободи і рівноправності людей, самоорганізації і саморегулювання. Держава підпорядковується служінню громадянському суспільству і спрямовує свою діяльність на забезпечення рівних можливостей для всіх як основи соціальної справедливості.

Однак Проект Конституції, який був внесений на розгляд Верховної Ради України 28 червня 1996 року такого розділу не передбачав. Багато політиків, юристів, чиновників, істориків, політологів у цей час вважали, що в Україні громадянського суспільства нема, дуже повільно йде становлення його елементів. Прийнята 28 червня 1996 року Конституції України не згадує про громадянське суспільство.

Однак, в Україні була й інша думка. 11 жовтня 2001 року в газеті «Голос України» появляється проект Закону України «Про громадянське суспільство», його автор Олександр Мучнік, президент інституту муніципальної демократії і прав людини (м. Одеса).

Завдання цього закону, як вказує його автор, є «визначення правових основ для створення, розвитку і захисту громадянського суспільства в Україні, найважливішим призначенням якого є забезпечення природних прав її народу на свободу, самовизначення, суверенітет, національну безпеку, розвиток і контроль над своєю державою».

Автор проекту був більш далекоглядним ніж український політикум, який навіть не спромігся публічно обговорити цей проект. Парламент залишив цей проект без розгляду.

Згодом, на цьому шляху яскравим спалахом, що висвітлив низку актуальних проблем розвитку суспільства, став Майдан 2004 року. Немало цікавих міркувань на цю тему висловлюється, зокрема, в публікаціях на сторінках таких поважних видань як «День» і «Дзеркало тижня».

Зокрема, В. Карасьов, веде мову про те, що після Майдану не Захід і не Схід, а демократично універсальні організації стали для України новим національним і пост національним сенсом, вводить поняття демократичного патріотизму, демократичної української ідентичності. Але йому заперечує Ю. Кочубей, який вважає, що Майдан раз і назавжди підтвердив курс нашої держави на Захід, хоча водночас погоджується з В. Карасьовим у тому, що в Україні, по суті немає консолідованої політики. В.Кремінь ставить проблему людино центризму як практичного і світоглядного орієнтира, що має стати основним виміром державної політики в нові-

© Гураль П., 2011

тній історії України, підкреслює «інтелектуальну» і «державну» енергію Майдану, тобто духовну енергію народу, а точніше – кожної конкретної людини.

Перший Президент незалежної України Л. Кравчук стверджує, що ї «стара і нова влада не витримали іспиту на демократію».

В одній із монографій, присвяченій громадянському суспільству в Україні, робиться висновок: 1). Справедливість тези «демократія – це постійний діалог влади з громадянами»; 2). Що вести такий діалог легше (і дуже ефективно) під час Майдану, ніж у щоденній напруженій роботі органів влади з метою забезпечення ефективного управління у всіх сферах життя. До речі, певні розчарування новою владою пов'язані саме з недостатністю такого діалогу після Майдану, який міг би унеможливити чимало помилок, що шкодили владі, розвитку України.

На жаль і політична сила, яка є сьогодні при владі, не взяла уроків з Майдану 2004 року. Майдан підприємців 2010 року, причиною якого був невдалий проект податкового кодексу, показав неготовність нинішнього уряду вести успішний діалог з представниками малого та середнього бізнесу.

Хочеться надіятись, що здорові сили нашого уряду, відкинуть політичну зашореність і ненависть до своїх попередників, зможуть об'єктивно осмислити проблеми розвитку суспільства Українки, поступитись своїми корпоративними інтересами і справедливо вирішити питання на користь всього суспільства. Справедливі податки, які має платити малий і середній бізнес, а також і великий капітал – залог успіху нинішньої політичної сили в управлінні українською державою.

Будемо надіятись, що український парламент знайде в собі сили розібратися з складними питаннями становлення і розвитку українського суспільства і внести зміни до Конституції України розділ «Громадянське суспільство і держава».

ДЕРЖАВНА ПОЛІТИКА В ГАЛУЗІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Заяць І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Якість зв'язку між конституційно-правовим актом (формою) та його реальною здатністю врегульовувати об'єктивні суспільні відносини (функцією) обумовлюється діяльністю парламенту – як єдиного законодавчого органу держави. Сьогодні ми можемо спостерігати конфлікт між правовою формою (суттю) та політичною функцією. На практиці це проявляється в тому, що відбувається чергова корекція правових актів шляхом внесення змін та доповнень. В умовах юридичного позитивізму це є об'єктивною потребою. Проте через прояв суб'єктивізму, нерозуміння та не бажання дотримуватись конституційних принципів, ми не раз стаємо на шлях формування нових правових сутностей.Тому, подальший розвиток інституту місцевого самоврядуваннязалежитьсаме від ефективного поєднання діяльності парламенту, уряду та територіальних громад на основі спільної політичноїплатформи -«загальнонаціональної політикив галузі місцевого самоврядування».

На сторінках наукових видань уже не раз зауважувалось про те, що на першому етапі відродження інституту місцевого самоврядування законодавець притримувався положень громадівської теорії походження місцевого самоврядування. Положення цієї теорії формуються на основі спільного інтересу громади, сформованого на основі довготривалого спільного проживання. Люди народжувались, здобували первинну освіту та фах, вели господарство, вирішували різного роду господарські питання, що зачіпали корінні інтереси усієї громади. Треба бути свідомим того, що весь свій потенціал ця теорія могла проявити в умовах магдебурзького права, яке сьогодні ми ностальгічно згадуємо. Статути міст, що мали магдебурзьке право, є прекрасними зразками тогочасного нормотворення та кодифікованими збірками місцевого законодавства. Проте тут слід пам'ятати, що це був період феодальної держави, яка найближчим часом мала стати централізованою з політично сильним центром влади.

У період відходу від засад одержавленого суспільства ця громадівська теорія стала «лакмусовим папірчиком» на виявлення якісних ознак нашого суспільства та його прагнення до демократичного розвитку. З часом, як виявилося, догми цієї теорії були життєздатні лише на рівні малих монофункціональних населених пунктів, які не зазнали ще «руйнівного впливу» сучасного урбанізму.

Непересічна історія територіального розвитку України, дві світові війни, сталінського режиму з українським націоналізмом, геноцид українського народу та трудова міграція на завершення стали вирішальними факторами, які фактично знищили локальні культури окремих поселень - основу української патріархальної громади. Сьогодні ми можемо лише говорити про спроби відродження цих культур, місцевих ремесел та промислів. Проте, як це впишеться у сучасну модель урбанізованого суспільства з його інформаційними технологіями залишається лише здогадуватися. Відбувся значний скачок у розвитку українського суспільства. Це вже не суспільство поч. XX ст. з його традиційною для України релігією та сільською традицією.

Об'єктивним є те, що новий суспільний поступ потребує нових правових форм регулювання. Відповідно до статті 7 Конституції *(1996 р.)* в Україні визнається і гарантується місцевесамоврядування. Проте, віднісши положення про місцеве самоврядування до Розділу 1 «Загальні засади» конституцієдавець фактично визнав місцеве самовряжування однією з засад сучасного конституційного ладу України. З точки зору правової методології це надзвичайно важливо. Проте, така постановка потребувала відповідного подальшого правового наповнення, яке б відбувалось внаслідок системної «національної конституційної політики парламенту» у галузі місцевого самоврядування. Та на жаль, цього не відбулося. Новітні тенденції розвитку самоврядних органів окремих територіальних громад засвідчили лише про те, що в основу своєї діяльності вони поклали відоме римське гасло «panemetcircenses» (хліба й

© Заяць І., 2011

видовищ). Така самоврядна політика рано чи пізно не лише виснажить місцевий ресурс але й приведе до серйозного системного конституційного конфлікту.

Підтримуючи в цілому процес ренесансу місцевого самоврядування в Україні, ми маємо бути свідомі того, що це процес передбачатиме відродження місцевих звичаїв та традицій. Проте це надзвичайно болюча тема, оскільки в науці конституційного та муніципального права говорять про правові звичаї як джерела права. Проте, у процесі відродження місцевих звичаїв, ми можемо спровокувати процес легалізації існуючих колись територіальних утворень, які сьогодні є небажаними, як з точки зору геополітики так і економіки чи національної безпеки. Адже у різні історичні періоди українські етнічні землі входили до складу різних держав.

Таким чином, в процесі розвитку української державності та враховуючи досвіт минулих століть нам мають бути ближчі за духом елементи державницької теорії місцевого самоврядування. До того ж, на рівні Конституції передбачено, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ *(ст. 5)*; народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування *(ст. 5)*; органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та в спосіб, що передбачено Конституцією та законами України *(ст. 19)*; громадяни України мають право на участь в управління державними справами, право вільно обирати та бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, мати рівне право доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування *(ст. 38)*; оскаржувати в суді рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб *(ст. 55)* та ін. .

Реалізація ряду конституційних положень, які обумовлюються догмами державницької теорії суттєво обмежує компетенцію органів місцевого самоврядування та не обіцяє «непочатий край роботи» на ниві господарського освоєння території. Відповідно до ст. 13 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування здійснюють від імені українського народу право власності на землю та інші природні ресурси.

Обмеження прав територіальних громад в користь їх представницьких органів та органів, які ними формуються має бути компенсоване побудовою відкритого інформаційного суспільства, демократичними процедурами пошуку гідних кандидатів та їх обрання на відповідні посади, жорстким громадським та державним контролем за дотриманням положень чинної Конституції та законів України.

Право територіальних громад самостійно вирішувати питання місцевого значення гарантується КонституцієюУкраїни*(ст. 140)*. Проте, самостійність територіальних громад, як правовий принцип, майже не реалізується. Механізмийого здійснення, по ідеї, мають бути виписані у статутах територіальних громад, проте не всі громади мають свої статути – це по-перше, а по-друге, не всі територіальні громади мають реальну здатність реалізовувати своє право на місцеве самоврядування. Актуальним залишається зміст поняття «питання місцевого значення». У Конституції Україниці питання подаються досить розмито*(ст. 143)*.

У конституційній практиці держав з глибокими демократичними звичаями можна знайти не один десяток прикладів «співпраці на віру» органів місцевого самоврядування та держави. В її основі лежить перш за все взаємна повага та прагнення пошуку компромісу. Це надзвичайно цікавий досвід, оскільки сюди залучаються різного роду неурядові організації, які мають високий авторитет серед населення. Саме ця ланка українського соціуму якраз потребує особливої уваги зі сторони перших осіб держави. Крім того, в Україні одним з каталізаторів у вироблені спільного інтересу завжди була церква. Саме на рівні парафії вирішувалась ціла низка життєво важливих питань, які стосувались громади взагалі та конкретної людини зокрема. До речі, у Великобританії низовою ланкою системи місцевого самоврядування є парафія, а главою церкви є монарх.

З метою оптимізації просторового устрою України, реформування місцевого самоврядування, зміцнення кадрового складу органів місцевого самоврядування та створення на цій основі ефективної, відповідальної публічної влади на усіх рівнях адміністративно-територіального устрою уряд розробив проекти:Концепції державної регіональної політики, Концепції реформування адміністративно-територіального устрою та Концепції реформи міс-

цевого самоврядування. Похвальним є те, що розробка цих концепцій проходила в режимі тісної співпраці з органами виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Ми повинні усвідомити, що не залежно від того, чи ми проживаємо у високо розвинутому мегаполісі чи в маленькому гірському селищі, ми перш за все громадяни України, які мають рівні соціально-економічні та політичні права. Усі ми рівні перед Богом і Конституцією, маємо мати рівні гарантії від держави на реалізацію своїх конституційних прав та свобод. Регіональне втручання держави переслідує саме мету нівелювання регіональних диспропорцій та підтримки господарської діяльності у регіонах з гіршими економічними умовами. Досвід європейських держав свідчить про те, що ця проблема розвязується через пошук територіальних та інституційних меж.

Сучасне конституційно-правове бачення статусу регіону полягає у тому, що поглиблюватиметься системна трансформація області у соціально-економічній та культурній сферах. У подальшому цей процес сформує її нову сутність, яка матиме назву «регіон». Такий підхід спостерігається у положеннях запропонованих Концепцій. На компетенційному рівні це позначиться посиленням ролі представницьких органів обласних рад. Передбачається, що ці органи матимуть можливість формувати свої виконавчі органи. За обласними державними адміністраціями залишаться контрольні повноваження *(нагляд за конституційністю та законністю актів органів місцевого самоврядування регіону; інспекція лікарень; інспекція охорони навколишнього середовища;інспекція доріг регіонального значення)*; координаційні повноваження *(координація діяльності територіальних підрозділів ЦОВВ, що не входять у структуру ОДА (МВС, МНС, МО)* та взаємодія з органами, що відносяться до інших гілок влади.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРІВ ФРАНЦІЇ ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Кобрин В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Визнання Конституційним Судом України неконституційними зміни до Конституції України 2004 року у зв'язку із порушенням конституційної процедури їх розгляду і прийняття та повернення до тексту Основного Закону в редакції 1996 року, прийняття на цій основі нового Закону України «Про Кабінет Міністрів України» суттєво вплинуло крім іншого і на статус Прем'єр-міністра України. На сьогодні він знову стає найбільш подібним до правового статусу Прем'єр-міністра П'ятої Республіки у Франції.

Як в Україні, так і у Франції президент призначає прем'єр-міністра. (Раніше під час III і IV Республік у Франції, призначення голови уряду вимагало узгодження з його попередником. Сьогодні призначення прем'єра – власна прерогатива президента Французької республіки). Таким чином призначення прем'єра залежить лише від президента. Президент Франції зовсім не зобов'язаний призначати на посаду голови уряду лідера більшості в Національних Зборах. Президентська кандидатура на посаду прем'єра може репрезентувати як парламентську більшість (Мішель Дебре, 1959 р., Жак Ширак у 1974 р.та в 1986 р., П'єр Моруа в 1981 р.), так і «не політичну» страту, яка складається з наближених до президента чиновників (Ж. Помпіду в 1962 р., П. Месемер у 1972 р., Р. Барр у 1976 р.,Л. Фабіус у 1984 р.).

Проте Конституція V Республіки створює умови для того, щоб у разі існування суперечностей між президентом і прем'єром, останній мав шанси залишатися на своїй посаді всупереч бажанню глави держави. Формально за Конституцією Франції відправити уряд у відставку може лише парламент. Стаття 50 Основного Закону фіксує, що прем'єр-міністр має право вручити президенту заяву про відставку лише після того, як Національні Збори або ухвалять резолюцію недовіри уряду, або в парламентарів не знайде підтримки урядова програма. Але ж під час «періоду співіснування» (1986 – 1988 роки), коли парламентська більшість підтримувала не президента Ф. Міттерана, а уряд Ж. Ширака, певною мірою опозиційний президенту, останній не міг відправити прем'єр-міністра у відставку, оскільки Національні Збори не ухвалювали резолюцій недовіри щодо уряду.

В Україні ситуація дещо інакша. Президент України згідно Конституції призначає своїм указом на посаду Прем'єр-міністра України на власний розсуд, але за умови підтримки цієї кандидатури в парламенті – Верховній Раді України. Якщо такої підтримки не має Президент повинен запропонувати іншу кандидатуру. Власне призначення та підписання указу відбувається після отримання згоди на таке призначення від Верховної Ради України.

Питання ж про відставку глави уряду України вирішується або взагалі без урахування думки парламенту Президентом одноособово у будь-який час або парламентом, який висловлює резолюцію недовіри уряду, що має наслідком його відставку. Імунітет від відповідальності в Прем'єр-міністра як і у всього уряду є протягом року після схвалення Програми діяльності Кабінету Міністрів України та не може розглядатися Верховною Радою України більше одного разу протягом однієї чергової сесії.

Таким чином, порівнюючи право французького та українського президентів призначати прем'єр-міністрів своїх держав, слід зазначити:

- ✓ Президент Франції має право призначити прем'єр-міністра, не отримуючи на це згоди парламенту. Проте юридично відправити уряд разом із прем'єром у відставку президент не може. Це є прерогатива Національних Зборів;
- ✓ Президент України поділяє право призначення Прем'єр-міністра України з Верховною Радою України. Отримавши підтримку більшості парламентаріїв, прем'єр стає «прем'єром парламентської більшості». Проте використати ті переваги, що надає йому підтримка більшості законодавців прем'єр не спроможний: Президент має право відправляти Прем'єр-

© Кобрин В., 2011

міністра разом із урядом у відставку, не звертаючи уваги на те, чи має він підтримку в парламенті.

Стосовно повноважень Прем'єр-міністрів Франції та України то вони теж є доволі схожими за змістом. Так крім розділу ІІІ Конституції Французької Республіки, що називається «Уряд», правовий статус Прем'єр-міністра Франції закріплений в інших розділах Конституції, а також у ряді інших правових актів. Зокрема, Уряд, діяльністю якого керує призначений Президентом Республіки Прем'єр-міністр, визначає й проводить політику нації (ст. 20 Конституції), відповідає за національну оборону, забезпечує виконання законів (ст. 21). Прем'єр-міністрові у відповідності зі ст. 39 Конституції належить право законодавчої ініціативи. Він користується правом звернення до Конституційної ради з метою встановлення відповідності проекту, що вотується палатами Парламенту, Конституції Французької Республіки. За пропозицією Прем'єр-міністра скликаються позачергові сесії Парламенту (ст. 29 Конституції), більше того, ч. 3 зазначеної статті визначає, що лише Прем'єр-міністр може вимагати скликання нової сесії до закінчення місяця, що йде за виданням декрету про закриття сесії. Він може також вносити пропозиції щодо продовження строку чергових сесій вищого представницького органа. За пропозицією глави Уряду Франції проводяться закриті засідання палат Парламенту у формі таємного комітету.

Прем'єр-міністр у рамках, визначених Конституцією, здійснює регламентарні повноваження (ст. 21). Зазначене положення є надзвичайно важливим. Хоча закони приймаються парламентом, однак підзаконні акти (декрети й розпорядження міністрів) виходять від уряду, тобто Прем'єр-міністра й міністрів. Як глава Уряду, Прем'єр-міністр займає привілейоване положення щодо інших міністрів і державних секретарів. Крім того, він має у своєму розпорядженні власні адміністративні служби, зокрема Генеральний секретаріат Уряду тощо.

Що стосується правового статусу Прем'єр-міністра України, то його правовий статус визначається Конституцією України, Законом України «Про Кабінет Міністрів України», Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» та іншими правовими актами. Так зокрема Прем'єр-міністр України керує роботою Кабінету Міністрів України, спрямовує діяльність Кабінету Міністрів України на забезпечення здійснення внутрішньої і зовнішньої політики держави, виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України. Прем'єр-міністр України вносить на розгляд Президента України подання про призначення членів Кабінету Міністрів України, керівників центральних органів виконавчої влади та їх заступників, голів місцевих державних адміністрацій та подання про утворення, реорганізацію та ліквідацію міністерств, інших центральних органів виконавчої влади.

Крім того Прем'єр-міністр України формує проект порядку денного засідання уряду, скликає та головує на них, підписує акти Кабінету Міністрів України та скріплює підписом акти Президента у випадках, передбачених Конституцією, представляє уряд як на внутрішньому так і на зовнішньому рівні. Він також як і його французький колега має патронатну службу – Апарат Прем'єр-міністра України.

Як бачимо при всій своїй на перший погляд схожості у правовому статусі Прем'єр-міністрів України та Франції вони мають достатньо відмінностей та особливостей. Так на відмінну від глави уряду Франції Прем'єр-міністр України не має права законодавчої ініціативи та права скликати позачергові сесії парламенту.

Також доволі скупою є і правотворча діяльність глави уряду України порівняно з Прем'єр-міністром Франції. Так український Прем'єр-міністр власних актів не видає, а лише підписує постанови і розпорядження уряду – Кабінету Міністрів України. Натомість Прем'єр-міністр Франції видає «підопічні» та «автономні» декрети та ці акти згідно ст. 22 Конституції контрасигнуються міністрами, відповідальними за виконання даних актів.

Отже досвід Французької Республіки в організації влади в Україні після відміни «конституційної реформи» є як ніколи актуальним. Питання ж правого статусу Прем'єр-міністра України з погляду на відповідний статус глави уряду Франції є корисним для дослідження та може в майбутньому бути використаний при внесенні змін чи доповнень до законодавчих актів, які регулюють дані відносини.

ПРАВОВІ ЗАСАДИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ

Пілат Є.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Загальносвітова тенденція зародження та розвитку інформаційного суспільства відчувається і в Україні. Поступово інформація проникає практично у всі сфери життєдіяльності людини, стаючи при цьому важливою його складовою. Громадянське суспільство набуває нових якісних ознак та поступово переростає у значно більш потужнішу форму - в інформаційне суспільство. Період активного становлення проходять обчислювальні та інформаційні мережі - унікальний симбіоз комп'ютерів і комунікацій. З кожним днем активніше розвиваються сучасні інформаційні технології і в нашій Державі. Людина впевнено прямує в еру інформації. Уже більше половини населення України є активними користувачами глобальної мережі Інтернет. Кожен з них з легкістю може дістати доступ до необхідної йому відкритої інформації. Інтернаціональна комунікація сьогодні є явищем буденним і нікого вже не здивуєш онлайновою відео конференцією, у якій беруть учать представники усіх континентів. Інформаційній обмін відбувається надзвичайно швидко і його інтенсивність постійно зростає. Інформація стає важливим чинником у державних справах. Саме вона є продуктом наукової та дослідницької діяльності, необхідним компонентом у ході наукових досліджень. Зростає потреба у засобах структурування, накопичення, зберігання, пошуку та передачі інформації - задоволення саме цих потреб і є метою створення та розвитку глобального інформаційного простору. У прагненні до сумісного використання ресурсів обчислювальних та інформаційних центрів виникає необхідність її включення до світових інформаційних мереж. В цих умовах стає все важче, а інколи просто неможливо, отримувати необхідну інформацію, якщо не володієш потужними можливостями, що надаються інформаційними мережами світу. Щоб прямувати в ногу з часом, необхідно включатись у глобальні комп'ютерні мережі та уміло користуватися їхніми перевагами.

Відчуваючи неминучість поступального руху суспільства в напрямку глобальної інформатизації 4 лютого 1998 р. Верховна Рада України прийняла низку законів стосовно інформатизації всіх сфер суспільної діяльності в Україні. Так, зокрема, в Концепції Національної програми інформатизації у розділі VI цього закону визначаються основні напрями інформатизації. В Указі Президента України «Про заходи щодо розвитку національної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні» від 31 липня 2000 року (№ 9282/000) зазначається, що з метою розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет, забезпечення широкого доступу громадян до цієї мережі, ефективного використання її можливостей для розвитку вітчизняної науки, освіти, культури, підприємницької діяльності, зміцнення міжнародних зв'язків, належного інформаційного забезпечення здійснення органами державної влади та органами місцевого самоврядування своїх повноважень, повнішого задоволення потреб міжнародного співтовариства в об'єктивній, комплексній інформації щодо різних сфер суспільного життя в Україні, а також вирішення інших завдань, визначених в Посланні Президента України до Верховної Ради України «Україна: поступ у XXI сторіччя. Стратегія економічного та соціального розвитку на 2000-2004 роки».

В Україні є необхідний історичний та сучасний досвід для розвитку інформаційного суспільства, зокрема:

- ✓ ще на початку 50-х років XX століття в Україні було створено третій у світі комп'ютер (після США та Великобританії), сформовано всесвітньо відому школу кібернетики та обчислювальної техніки під керівництвом академіків Лебедєва С.А. і Глушкова В.М., започатковано наукові напрями - штучний інтелект, багатопроцесорні електронні обчислювальні машини, теорія самоорганізації, системний аналіз та інші, завдяки яким світова кібернетика піднялася на новий якісний рівень;

© Пілат Є., 2011

- ✓ сформовано правові засади побудови інформаційного суспільства; прийнято закони України «Про Концепцію Національної програми інформатизації» та «Про Національну програму інформатизації», інші нормативно-правові акти, які регулюють суспільні відносини щодо створення інформаційних електронних ресурсів, захисту інтелектуальної власності на ці ресурси, впровадження електронного документообігу, захисту інформації тощо;
- ✓ Україна має висококваліфікований кадровий потенціал в інформаційній сфері, постійно зростаючий та поновлюваний парк комп'ютерної техніки, сучасні системи та засоби телекомунікацій, зв'язку, високу ступінь інформатизації банківської сфери.

Ці та інші передумови дозволяють вважати, що вітчизняний ринок інформаційно-комунікаційних технологій перебуває в стані активного становлення та за певних умов може стати надійним фундаментом розвитку інформаційного суспільства в Україні.

Разом з тим, стан розбудови інформаційного суспільства в Україні порівняно із світовими тенденціями є недостатнім і не відповідає потенціалу та можливостям України, оскільки:

- ✓ відсутні національна стратегія розвитку інформаційного суспільства в Україні та план дій щодо її реалізації;
- ✓ немає координації зусиль державного і приватного секторів для ефективного використання наявних ресурсів;
- ✓ ефективність використання фінансових, матеріальних, кадрових ресурсів, спрямованих на виконання Національної програми інформатизації, впровадження інформаційно-комунікаційних технологій у соціально-економічну сферу є низькою;
- ✓ є відставання у впровадженні технологій електронного бізнесу, електронних бірж та аукціонів, електронних депозитаріїв, використанні безготівкових розрахунків за товари та послуги тощо;
- ✓ рівень інформатизації окремих галузей економіки, деяких регіонів країни є низьким;
- ✓ розвиток нормативно-правової бази інформаційної сфери є недостатнім;
- ✓ створення національної інформаційної інфраструктури для надання органами державної влади та органами місцевого самоврядування юридичним і фізичним особам інформаційних послуг з використанням Інтернету відбувається повільно;
- ✓ рівень комп'ютерної грамотності населення є недостатнім, впровадження нових методів навчання із застосуванням сучасних інформаційно-комунікаційних технологій - повільним;
- ✓ рівень інформаційної представленості України в Інтернет-просторі є низьким, а присутність в Інтернеті україномовних інформаційних ресурсів - недостатньою;
- ✓ рівень державної підтримки виробництва засобів інформатизації, програмних засобів та впровадження інформаційно-комунікаційних технологій не забезпечує всіх потреб економіки і суспільного життя;
- ✓ спостерігаються нерівномірність забезпечення можливості доступу населення до комп'ютерних та телекомунікаційних засобів, поглиблення «інформаційної нерівності» між окремими регіонами, галузями економіки та різними верствами населення;
- ✓ не вирішуються у повному обсязі питання захисту авторських прав на програмну продукцію, відсутні системні державні рішення, спрямовані на створення національних структур (центрів, технополісів і технопарків) з розробки конкурентоздатного програмного забезпечення.

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИБОРЧОГО ПРОЦЕСУ НА ВИБОРАХ ДЕПУТАТІВ РАЙОННИХ РАД

Прус В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Починаючи з 1991 року в Україні діяло шість законів, які регулювали суспільні відносини в сфері організації та проведення виборів до місцевих рад. Необхідність належного законодавчого забезпечення конституційних гарантій громадян вільно обирати і бути обраними до органів місцевого самоврядування, створення умов для забезпечення демократичності та прозорості місцевих виборів не викликає жодних сумнівів. Однак, чи дійсно кожного разу законодавець намагається вдосконалити процедуру організації та проведення виборів задля забезпечення прав громадян на волевиявлення, чи лише забезпечує інтереси окремих політичних сил?

10 липня 2010 року був оприлюднений і набув чинності Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів». Згодом, 2 вересня 2010 року були внесені зміни до даного нормативно-правового акту. Це були останні корективи до виборчого законодавства стосовно місцевих виборів, перед безпосереднім здійсненням волевиявлення населенням 31 жовтня 2010 року. Новий закон про місцеві вибори вніс суттєві зміни до процедури організації та проведення виборів до районної ради. Основним позитивом, який привернув увагу суспільства, стали зміни виборчої системи за якою обиралися депутати районної ради: з пропорційної за закритими списками на змішану (мажоритарно-пропорційну). За новою виборчою системою половина від кількості депутатів (загального складу) відповідної ради обирається за виборчими списками кандидатів у депутати від місцевих організацій політичних партій у багатомандатному виборчому окрузі, межі якого збігаються з межами відповідного району, а друга половина від кількості депутатів (загального складу) відповідної ради за мажоритарною системою відносної більшості в одномандатних виборчих округах на які поділяється територія відповідного району. Хоча такий законодавчий підхід і є певним кроком вперед в частині відмови від закритих партійних списків, але лише в прямому значені такого вислову – «рівно на половину». Вітчизняні фахівці з виборчого права постійно наголошували на позиції, якщо і не відмови від пропорційної системи закритих списків виборців, то хоча б, можливості впровадження відкритих списків. До того ж Парламентська Асамблея Ради Європи неодноразово звертала увагу на неприйнятність моделі пропорційної виборчої системи в Україні за закритими виборчими списками, яка позбавляє виборців будь-якого можливого впливу на партійні списки та веде до появи не кваліфікованих партійних осередків на місцях, а до формування груп осіб за певними спільними, зазвичай економічного характеру, інтересами. Залишення пропорційної виборчої системи за закритими списками щодо виборів до районної ради ніяким чином не забезпечить рівності представництва територіальних громад у районній раді, а відтак, суперечить і конституційно-правовій природі районної ради – як органу місцевого самоврядування, який представляє спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ і міст.

Певне нерозуміння з приводу доцільності викликає також положення Закону стосовно визначення загально складу (кількості депутатів) районної ради. Якщо в старій редакції Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 6 квітня 2004 року рішення про загальний склад (кількість депутатів) районної ради приймається відповідною радою поточного скликання, то у новій редакції такі повноваження передалися відповідним обласним радам. Запровадження вказаного положення порушує принцип децентралізації, на якому ґрунтується місцеве самоврядування в Україні. Одночасно, доцільність передачі повноважень стосовно визначення загального складу районної ради від одного органу до іншого, викликає сумніви. Згідно з цією ж статтею, загальний склад (кількість депутатів) районної ради визначається з

© Прус В., 2011

урахуванням кількості територіальних громад сіл (кількох сіл, жителі яких добровільно об'єдналися у сільську громаду), селищ, міст районного значення, що входять до складу відповідного району, для забезпечення їх можливого представництва у відповідній районній раді пропорційно чисельності такої територіальної громади. При цьому існує вірогідність, що один депутат може представляти жителів декількох сіл, (сіл, жителі яких добровільно об'єдналися у сільську громаду). Таким чином, всупереч статті 140 Конституції України стають можливими випадки, коли територіальна громада не матиме свого представника, який представлятиме виключно інтереси цієї територіальної громади у районній раді.

Окремої уваги заслуговує інновація стосовно визначення процедури висування кандидатів у депутати районної ради виключно через місцеві організації партій. Дане нововведення не відповідає Конституції України, оскільки звужує гарантоване частиною першою статті 38 Конституції України право громадянина бути обраним до органів місцевого самоврядування, та ставить реалізацію цього права в залежність від рішень місцевих організацій партій. Також зазначений підхід не узгоджується з положенням Копенгагенського документа ОБСЄ 1990 року, згідно з яким «держави-учасниці будуть поважати право громадян добиватися політичних чи державних постів індивідуально, чи як представники політичних партій або організацій, без дискримінації». Крім того, встановлення своєрідної прив’язки кандидата в депутати районної ради до певного осередку політичної партії негативно впливає і на саму політико-ідеологічну якість такого осередку. Адже законодавцем не встановлено обов’язку кандидата, який висувається від певної політичної сили по мажоритарному окрузі членства в цій партії. Таким чином кандидат може бути абсолютно не свідомим політичної спрямованості політичної сили від якої висувається і в подальшому не притримуватись партійної позиції чи програми.

Також, треба зазначити, що 4 жовтня 2010 року Парламентська Асамблея Ради Європи видала Резолюцію № 1755 «Функціонування демократичних інституцій в Україні», якою наголосила на основних проблемних питаннях, вирішення яких сприяло б становленню України на європейській та світовій арені як демократичної держави. Стосовно місцевих виборів було зазначено: “Виявляємо недостатню віру в чесність проведення виборів, що є наслідком недоліків виборчого законодавства та давньої традиції маніпулювання політичними силами законодавчою основою виборів для отримання короткострокових політичних вигод”. Це положення вказує на недостатню стабільність виборчого законодавства в Україні. Необхідно не доспустити, щоб постійні зміни виборчих законів безпосередньо перед виборами стали правовим звичаєм в нашій державі. На наше переконання, доцільним є вже на даному етапі, вносити відповідні зміни та проводити оптимізацію виборчих законів, з врахуванням європейського досвіду, напрацювань вітчизняних науковців та практиків в сфері виборчого права.

«МАЛА» КОНСТИТУЦІЯ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ (17 ЖОВТНЯ 1992 РОКУ.)

Ревер О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. В новітній історії конституційно-правового розвитку Республіки Польщі непересічною подією було прийняття національним парламентом 17 жовтня 1992 року «Конституційного Закону про відносини між законодавчою та виконавчою владами Республіки Польщі та про місцеве самоврядування». Стаття 77 цього Закону, зокрема, передбачала, що «Конституція Республіки Польща від 22 липня 1952 р. *(Конституція Польської Народної Республіки – О.Р.)* втрачає свою чинність, за виключенням невеликої групи її положень. Тому, парламентом в той же день було прийнято також документ під назвою «Конституційні положення, залишені чинними на підставі статті 77 «Конституційного «Закону про відносини між законодавчою та виконавчою владами Республіки Польща та про місцеве самоврядування» від 17 жовтня 1992 р., які скасовують Конституцію Республіки Польща від 22 липня 1952 р.». Все це разом фактично означало запровадження в Польщі тимчасової або т.з. «малої» Конституції, яка мала виконувати функцію основи (фундаменту) нормативно-правової системи держави до часу прийняття нового (постійного) Основного Закону держави.

2. З формально-юридичної точки зору, даними змінами запроваджувалося (вводилося в ранг конституційних приписів) низку принципово нових соціально-політичних явищ та юридичних конструкцій, які певний час мали «взаємодіяти» із частиною тексту попереднього Основного Закону держави. Звідси, т.з. «мала» польська Конституція фактично включала в себе з одного боку цілісний документ («Конституційний Закон…»), який складався із преамбули та шести глав («Загальні засади», «Сейм та Сенат», «Президент Республіки Польща», «Рада Міністрів Республіки Польща (Уряд)», «Місцеве самоврядування», «Тимчасові та прикінцеві положення») та, умовно кажучи, «залишків» попередньої Конституції. Останні були викладені у вище згаданому документі «Конституційні положення, залишені чинними…», який в свою чергу містив низку (оновлених в 1989-92 рр.) глав Конституції 1952 року, а саме - «Главу 1. Основи політичного та економічного ладу», «Главу 4. Конституційний Трибунал, Державній Трибунал, Верховна палата контролю, Захисник громадянських прав, Загальнопольська рада радіомовлення і телебачення», «Главу 7. Суд і Прокуратура», «Главу 8. Основні права та обов'язки громадян», «Главу 9. Принципи виборів до Сейму та Сенату, а також виборів Президента», «Главу 10. Герб, кольори, гімн та столиця Республіки Польща», «Глава 11. Зміна Конституції».

3. В змістовному (сутнісному) плані «мала» польська Конституція насамперед запроваджувала (чи радше – відновлювала, з огляду на довоєнний конституційно-правовий досвід Польщі) двопалатність національного парламенту, інститути Президента Республіки та територіального (місцевого) самоврядування. Цим документом також підтверджувалося незмінність політичного курсу постсоціалістичної Польщі на побудову в ній сучасної демократичної правної держави, держави яка здійснює принципи соціальної справедливості, в якій верховна влада має належати народові і, а народ має здійснювати владу через своїх представників, обраних до Сейму та Сенату. При цьому, влада також могла здійснюється і шляхом волевиявлення на референдумах. Додержання законів Республіки Польща проголошувалося головним обов’язком кожного державного органу, а самі «органи державної влади та адміністрації» повинні були діяти виключно на основі положень законів. Держава гарантувала участь органів місцевого самоврядування у здійсненні влади на місцях, а також свободу діяльності інших форм самоорганізації польських громадян. Немаловажними були також і конституційні положення щодо гарантування свободи господарської діяльності (незалежно від форми власності), неможливості обмеження останньої (окрім шляху прийняття окремого закону), охорони власності та права спадкування, допущення експропріації лише для публічних потреб і за умови відповідного відшкодування збитків.

© Ревер О., 2011

4. «Мала» польська Конституція 1992 року безперечно відіграла свою позитивну роль в процесі конституційного-правового розвитку Республіки Польщі. Адже, виконуючи функцію основного закону однієї з постсоціалістичних центральноєвропейських держав (країни т.з. народної демократії - ПНР), за п'ять неповних років свого функціонування, цей документ не тільки став належною правовою основою для підготовки та прийняття нині чинної Конституції Республіки Польщі (1997), а й реально створив всі передумови для подальшого перетворення Польщі в сучасну демократичну правову державу. Наслідком дії «малої польської Конституції» (1992) в певній мірі, як на наш погляд, можна вважати і успішне входження згодом цієї держави до НАТО та набуття нею повноправного членства у Європейському Союзі.

5. Очевидно, що явище т.з. «малої» чи тимчасової конституції не є виключно польським «винаходом» конституційно-правового розвитку країни. Подібні приклади відомі сучасному конституціоналізму і до прийняття «малої» польської Конституції 1992 року. Однак, аналізуючи перебіг конституційного процесу України приблизно тих же років (1991-96), не можна не побачити певної подібності (і за змістом, і за сутністю) між польським «Конституційним Законом про відносини між законодавчою та виконавчою владою Республіки Польща та про місцеве самоврядування» (1992) та українським «Конституційним договором про організацію державної влади та місцевого самоврядування в Україні, укладеним між Верховною Радою України та Президентом України на період до прийняття нової Конституції України» (1995). Можливо, що за умови більш тривалої (не тільки одного року) дії української «малої» Конституції 1995 року, її значення (наслідки) для подальшого конституційно-правового розвитку нашої держави були б значно вагомішими, як для утвердження демократії, розвитку громадянського суспільства, так і для зміцнення євроінтеграційних процесів в Україні.

ДЕЯКІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ УКРАЇНИ

Різник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сучасному етапі національного державотворчого процесу, в Україні закономірно і планомірно зростає потреба в наданні реального значення загальновизнаним в світі демократичним цінностям та ідеалам. Проте розбудова України як демократичної, соціальної та правової держави буде ефективною та результативною лише за умови належного теоретичного забезпечення відповідних державотворчих і правотворчих процесів і явищ. Це обумовлює нагальну потребу у постійному вдосконаленні наявних концепцій і теорій у сфері конституційного права, розширенні та поглибленні їх предмету.

В спеціальній літературі розгляд вищевказаної проблеми, в контексті загальних проблем конституційного права (в тому числі, у зв'язку з теорією держави і права), проводився у працях С. Н. Бабуріна, Ю. М. Бисаги, І. Я. Заяця, В. С. Куйбіди, В. П. Нагребельного, В.Ф. Погорілка, Б. М. Клименка, П.М. Рабіновича, В. В. Шаповала, та ін.

Слід погодитись з загальновизнаним висновком, з яким погоджується більшість зазначених авторів, що державу формують три складові елементи: народ, органи влади і територія. Дійсно, наявність території є основною ознакою держави, поряд з державним апаратом, народом (населенням) та державним суверенітетом, за відсутності хоча б одного з цих елементів, реальне існування держави неможливе.

Ніхто не заперечуватиме, що протягом різних історичних періодів, український народ не мав ані власної влади, ані сталої території. Таким чином, етнічні українські землі пройшли тривалий шлях допоки не набули статусу сучасної території держави Україна. В той же час, поточна ситуація в нашій державі склалась таким чином, що, спочатку, інформаційний вакуум, а пізніше - раптовий надлишок несистематизованої інформації, призвели до повної дезорієнтації і необізнаності українців не тільки в складних історичних але й в елементарних сучасних особливостях організації вітчизняної території.

Нині, ознакою позитивної тенденції в процесах сучасного праворозуміння є наявність усвідомлення в професійних колах того факту, що питання організації території нерозривно пов'язане не тільки з такими принциповими та теоретичними поняттями як територіальний устрій, територіальна оборона чи територіальне верховенство, але й з більш прикладними термінами, такими як: територіальна підсудність, територіальна самоорганізація, територіальні ризики, тощо. Таким чином, практично в будь-якій сфері правовідносин, на різних рівнях, постійно виникають питання, що, так чи інакше, залежать від зовнішніх або внутрішніх територіальних процесів, понять і явищ, а ознайомлення з ними набуває все більш прикладного значення.

Повертаючись до доктринальних підходів щодо розуміння принципів територіальної організації України, слід відзначити, що в українській правовій і політичній думці існують різні вчення про територіальну організацію держави. Найбільш вартими уваги та слушними, на нашу думку, є ті з них, де територіальна свідомість громадян визнається обов'язковою умовою для конструювання єдності народу, а територіальна ідеологія визначальним елементом в побудові української державності.

Так, Михайло Грушевський у своїх працях приділяв велику увагу територіальному устрою України. Грушевський думав над тим, яка модель територіального устрою дасть найкращі можливості для справжнього демократичного самоврядування. Наприклад, він вважав, що існуючий в його час поділ на повіти та губернії не придатний для такого завдання. Повіт – замала одиниця, щоб в її рамках можна організувати ширшу самодіяльність громадянства у всіх сферах життя, а губернія – надто механічне і штучне утворення, надто велике, яке фактично розпадається на окремі частини, органічно не пов'язані одна з одною. Грушевський вважав, що оптимальним варіантом може бути утворення округів з населенням приблизно до мільйона

© Різник С., 2011

чоловік, спроможних організувати «справу санітарну, і шляхів, і сільськогосподарську, і земельну, і промислову, і культурну. У своїм районі вона буде спроможна організувати і сіть середніх шкіл, і якісь вищі школи, добрий музей і порядний театр – все те, чого звичайне повітове місто своїми засобами зробити неспроможне».

Треба визнати, що праці вищезазначених та багатьох інших мислителів і сподвижників українського державницького руху не здійснили необхідного впливу на тогочасне суспільство, крім того, що були відкинуті на другий план короткостроковими але більш нагальними проблемами.

Проте і сучасний стан правової доктрини і законодавства, що регулює питання територіальної організації держави не є досконалим, як слушно зазначає В. С. Куйбіда, правове середовище, що культивує як державний, так і муніципальний патерналізм, не лише сприймається як механізм для розв'язання проблем, а й саме уже стало проблемою.

Хоча, гордістю кожного українця є багатовікова історія нашого народу, проте слід розуміти, що сучасна Україна виникла лише в 1991 році, а відтак питання її територіальної організації має не абстрактно-наукове чи вузько-прикладне, а фундаментальне значення для подальшого утвердження та існування держави. Перш за все, це питання варто ставити в контексті національної безпеки, територіального верховенства та, відповідно, державного і народного суверенітету.

В науці конституційного права, державний суверенітет розглядається як основна риса держави, що полягає у верховенстві державної влади на всій її території та здатності держави бути незалежним суб'єктом міжнародних відносин. Основні риси державного суверенітету були закріплені ще в Декларації про державний суверенітет України, ухваленій 16 липня 1990 р., в якій останній визначався як верховенство, самостійність, повнота і неподільність державної влади в межах всієї території країни.

Виходячи з вищенаведених правових положень, можна виокремити ще один висновок, безпосередньо пов'язаний з конституційно-правовим статусом державної території, та запропонувати його для подальшої наукової дискусії, яка б базувалась на нижчевикладеному.

Відповідно до ч. 2 ст. 5 Конституції України, носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Згідно статті 13 Конституції України, земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених цією Конституцією.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про державний кордон України», державний кордон України є лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України - суші, вод, надр, повітряного простору. Як зазначено в глосарії, що є частиною монографії, державна територія це – просторові межі здійснення державної влади, частина земної кулі, що перебуває в межах державних кордонів та на яку поширюється суверенітет відповідної держави. В інших правових джерелах міститься відмінне по формі але аналогічне по змісту визначення державної території, наприклад, територія держави (від лат. terra – земля) – частина земної поверхні, що перебуває під суверенітетом держави, охоплює сушу, внутрішні води, територіальні води, надра і повітряний простір над ними.

Таким чином, є всі підстави вважати, що в ст. 13 Конституції України йдеться не про випадковий набір природних ресурсів, як окремих об'єктів права державної власності (традиційний цивільно-правовий підхід, що не заперечувався на конституційно-правовому рівні), а саме про державну територію, частину земної поверхні, як власність Українського народу. Земельні, водні ресурси тощо є невід'ємною частиною державної території України, незалежно від того в чиїй власності та в якій її формі (приватній, комунальній чи державній) вони перебувають. При цьому, власність українського народу не можна ототожнювати з державною формою власності. Органи державної влади є лише представниками народу у правовідносинах, що стосуються здійснення останнім своїх прав на державну територію.

Отже, державна територія України є власністю Українського народу, власність Українського народу є спеціальною пріоритетною формою власності з єдиним комплексним об’єктом (державною територією).

Право приватної, комунальної чи державної власності на об’єкти, що є елементами державної території України носить вторинний (похідний) характер. Конституційний принцип непорушності права власності не є абсолютним. Право власності Українського народу на державну територію є первинним (пріоритетним), завжди присутнім, невідчужуваним і непорушним, основною гарантією народного суверенітету. Примусове відчуження об'єктів права власності може бути застосоване в інтересах народу з мотивів суспільної необхідності.

Отже, дослідження питань територіальної організації України спонукає до нових наукових пошуків та дискусій. Сподіваємось, що зазначена тема, як і багато інших, що логічно витікають з викладеної проблематики, знайдуть свій подальший розвиток в наступних дослідженнях представників конституційно-правової науки.

ФОРМА ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ У СУЧАСНИЙ ПЕРІОД ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ В УКРАЇНІ

Чушенко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Форма держави відіграє важливу роль в сучасний період українського державотворення, тому у даний період це питання є надзвичайно актуальною. Вирішуючи питання про форму правління в державі не можна не враховувати суспільно-політичну ситуацію в державі. Свого часу вчені-конституціоналісти зазначали, що у парламенті мають сконцентровуватися зрозумілі народові головні політичні напрями, в силу чого набирають значення і для держави. Чи можемо ми сьогодні говорити, що в суспільстві є сталі, з чітко визначеними програмами, політичні формування, які б підтримувалися переважною більшістю електорату. Такі партії, асоціації, об'єднання могли б стати ядром формування соціально-політичних платформ як необхідної умови комплектування сталого за своїм складом, професійного парламенту, що є передумовою впровадження парламентарної чи парламентсько-президентської моделі управління, про що зараз ведуться дискусії в Україні.

Причому йдеться не про «віртуальні структури (угрупування)людей, а про наявні організовані партії, які зрослися з історією народу, є сталими, з визначеною програмою і здатні виражати і спрямовувати розрізнені устремління громадян до загальної мети, оптимально організовувати політичне життя засноване на свободі.

Впроваджувати представницьку форму правління, підкреслював проф. Б. Чичерін, навмання покладаючись на розважливість неорганізованого суспільства, яке знаходиться у стані бродіння, – це верх політичної легковажності. Звідси випливає висновок, що чим менше єдності, злагоди у суспільстві, тим зосередженішою має бути влада.

Повертаючись до зарубіжного досвіду, нагадаємо, що чимало держав Європи на початку XX ст., переживаючи період багатопартійної роздробленості, обирали неоднорідні за складом парламенти. А це заважало верховним представницьким установам утворити гомогенну парламентарну більшість, яка б сформувала сильний уряд. І як результат такого суспільно-політичного розвитку – поява елементів кризи демократії та парламентаризму. Як бачимо, схоже становище складається нині в Україні, і ми повинні зробити належні висновки з гіркого досвіду зарубіжного світу, аби не повторити його на наших теренах.

Виходячи з викладених міркувань, враховуючи складність соціально-економічних перетворень, які необхідно здійснити в країні, виправданими є прагнення сформувати такий правовий статус Глави держави, який би реально забезпечував йому можливість бути гарантом державного суверенітету, дотримання Конституції України, прав і свобод її громадян.

Щоправда, переживши період тоталітаризму, ми не гарантовані від його рецидивів сьогодні. А тому мають бути сформовані дійові правові важелі можливого взаємовпливу влад. Повинна зростати роль колегіального народного представництва. Передусім народне представництво є органом громадської думки, воно відображає справжній стан суспільства, ступінь його політичної зрілості. За допомогою народного представництва можна встановити дієвий контроль суспільства над державним управлінням. При цьому виникає можливість спрямувати тиск «знизу» через інституціоналізовані політико-правові канали, що стабілізуватиме розвиток суспільства. А це немало для нашого сьогодення.Отже, об'єктивно в нинішніх українських реаліях форма державного управління має бути змішаною.

Формулюючи теорію поділу влад Монтеск'є виходив із положення, що влада за своєю сутністю є єдиною і неподільною. Отже, під час її «поділу» йшлося про виділення трьох основних функцій єдиної влади і про розмежування компетенції трьох груп органів, які здійснюють неподільну владу. Тобто кожна із трьох «влад» за змістом є певною функціонально-компетенційною цілісністю трьох груп державних органів, які здійснюють єдину державну владу. Ні Монтеск'є, ні інші вчені не говорили про абсолютне відособлення трьох влад. Останні координують свої дії, співпрацюють для досягнення спільної мети, взаємостримуючи

© Чушенко В., 2011

одна одну при потребі. Втілення теорії в життя, як доводить світова практика, означало наділення кожної із влад конкретними функціями і повноваженнями. Конституції, конституційне законодавство держав, які виходили із концепції поділу влад, закріплюючи самостійність кожної гілки влади, одночасно містять норми про співпрацю її з іншими гілками влади. Причому конституційні положення про взаємостримання влад за своїм змістом є нормами співпраці гілок влади. І, на думку Ш. Монтеск'є, взаємостримання трьох влад логічно передбачає їхній взаємонагляд і контроль. Незалежність (самостійність) влад виключає лише пряму функціонально-компетенційну підміну їх сутності.

Особливо останнє стосується, як підтверджують наші реалії, сфери виконавчої влади, взаємини Президента України з Кабінетом України.На наш погляд, як випливає із комплексного системного аналізу Конституції України, завдяки своїм повноваженням, які стосуються всіх сфер влади, Глава держави повинен не підміняючи їх, в межах норм права, урівноважувати окремі гілки влади, в процесі досягнення ними спільної мети, задля цього зафіксовані на конституційному рівні засади співпраці гілок влади мають бути доповнені конституційними законами (статутного характеру), які б конкретно-компетенційно визначали статус центральних органів державної влади в якості необхідної умови формування чіткого механізму їх взаємодії.

Звичайно, конституція характеризується такою властивістю як найбільш висока стабільність її у порівнянні з іншими нормами права. Врегульований конституцією порядок внесення змін до неї покликаний забезпечити стабільність конституційного устрою і визначає динаміку його розвитку з урахуванням вдосконалення суспільних відносин.

Ми не повинні забувати, що якою б досконалою не була Конституція, вона не може передбачати всіх проблем, які політичне життя ставить перед нею для вирішення.

Процеси становлення і розвитку української державності не завжди розвиваються рівномірно. Це стосується і вуладних структур, в першу чергу центральних органів державної влади. Взаємини між Президентом, ВР України, Кабінетом Міністрів нерідко характеризуються не співпрацею, цивілізованими взаємостримуванням в межах законодавства, а не виправданою конфліктністю. Пояснюється це, в тому числі, прогалинами конституційного регулювання. Влада за своєю сутністю є єдиною і неподільною і окремі гілки (підрозділи, інститути) влади зобов'язані координувати свої дії для досягнення спільної мети. Сприяти усуненню непотрібної конфронтації і протистояння гілок влади повинна наука конституційного права, формулюючи пропозиції і щодо оптимальності регулювання конституційно-правових відносин між ними.

Конституційне положення «народ-носій суверенітету і єдине джерело влади» (абз. 1 ст. 5) забезпечує народу як первинному суб'єкту конституційно-правових відносин право на вирішення основоположних проблем державного розвитку. У літературі цілком слушно у зв'язку з цим наголошується на необхідності забезпечити реальну можливість народу здійснювати установчий вплив на суспільні відносини, пов'язані з реалізацією публічної влади основними учасниками конституційного процесу.

Отже, актуальним є вирішення питань щодо розуміння і утвердження конституційної правосуб'єктності Українського народу. Майбутні видозміни конституції і конституційних актів мають призвести до удосконалення конституційно-правового статусу Українського народу у тому числі й у частині його правосуб'єктності.

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

Влада народу України та її реалізація безпосередньо пов'язані з національною партійною системою, яка нині проходить непростий шлях свого розвитку. Закономірним є сподівання Українського народу на формування партійно-політичної системи, представленої сильними політичними партіями, здатними ефективно здійснювати владу в державі й перебувати в конструктивній опозиції. Формування соціально-організованого суспільства (основними складовими якого є справжні політичні партії) буде важливою гарантією втілення в життя конститу-

ційного положення, згідно з яким носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ.

Відносно характеристики предметної компетенції Президента, ВР України, Кабінету Міністрів українські реалії підтверджують, що між главою держави, парламентом і урядом їх повноваження «переплітаються». А як свідчить сьогодення так званий «дуалізм» влади породжує конфліктні ситуації у їх взаємовідносинах. Завдання науки конституційного права – сформулювати обґрунтовані пропозиції для більш чіткого розмежування повноважень між гілками влади в оновленому законодавстві.

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

Це лише окремі положення, які мають знайти вирішення в майбутньому оновленому конституційному законодавстві. В цілому ж відзначимо, що лише процеси створення соціально-орієнтованої економічної системи (матеріальне підґрунтя демократії) та досягнення адекватного рівня самоорганізації суспільства (політико-ідеологічні засади народовладдя) визначатимуть модель форми державного правління в Україні.

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НОРМ: ПОНЯТТЯ І ФОРМИ

Янчишин Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема юридичного механізму реалізації конституційно-правових норм відноситься до числа мало розроблених в науці конституційного права України. Безумовно, реалізація конституційно-правових норм має багато спільного з аналогічним процесом галузевих норм, але їй властиві і свої специфічні риси, певна складність, що обумовлено особливим статусом конституційних норм в правовій системі України, своєрідним змістом і формою їх приписів, характером конституційного впливу на суспільні відносини. Вважаємо, що слід провести аналіз процесу реалізації правових норм взагалі, тобто розглянути механізм, який включає в себе сукупність форм і засобів, що забезпечують втілення правових приписів в поведінку відповідних суб'єктів. Це дозволить розглянути реалізацію конституційно-правових норм як процес, що включає в себе юридично-значиму діяльність, яка має конкретні форми, способи, засоби і стадії здійснення.

В загальній теорії держави і права під правореалізацією, зокрема і конституційно-правової норми, розуміється процес втілення правових приписів у поведінці суб'єктів та їх практичній діяльності по здійсненню прав та виконанню юридичних обов'язків. Зауважимо, що реалізація правових приписів, і особливо конституційно-правових норм, не може бути зведена лише до правомірної поведінки (законослухняності), а вимагає соціально-правової активності. Реалізація є систематичною, постійною, цілеспрямованою діяльністю громадян, посадових осіб, об'єднань громадян та державних органів. Процес реалізації конституційних норм наділений універсальним характером в розумінні охоплення різних сфер суспільних відносин і здійснення впливу на діяльність всіх суб'єктів конституційних правовідносин. Сферою реалізації конституційно-правових норм є всі сторони життя суспільства, в цьому процесі беруть участь всі суб'єкти права. Особливість цього процесу полягає в тому, що його активними учасниками є народ і держава, державні утворення, як особливі державно-правові особи.

В Основному Законі термін «реалізація» вживається рідко, зокрема у ч.2 ст.14: «Право на землю гарантується. Це право набувається і реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону». Натомість в Конституції України використовують такі терміни як «здійснення» (ч.2 ст.44), «визначення» і «забезпечення», які в різних інтерпретаціях розуміються як реалізація.

В юридичній літературі в якості основних елементів механізму правореалізації виділяють різні форми здійснення конституційно-правових норм. Прийнято розрізняти ці форми в залежності від характеру дій, які вчиняються для досягнення результату: дотримання, виконання, використання і застосування.

Дотримання виражається в тому, що суб'єкти конституційно-правових відносин узгоджують свою поведінку з юридичними заборонами. Характерною рисою даної форми є пасивна поведінка суб'єкта: він не вчиняє дій, які заборонені нормами права.

Виконання конституційно-правових норм (на відміну від дотримання) є активною діяльністю суб'єктів, яку передбачає конституційно-правова норма і спрямована діяльність на досягнення цілей і завдань. В Конституції України передбачено три способи виконання: 1. всі суб'єкти права зобов'язані виконувати Конституцію України і закони України; 2. Українська держава зобов'язана виконувати міжнародні договори, якщо вони ратифіковані Верховною Радою України; 3. громадяни України повинні виконувати свої конституційні обов'язки.

Використання пов'язано з процесом реалізації конституційних прав і свобод (тут суб'єкт своїми діями здійснює надані йому права). Власне Конституція України встановлює такі критерії використання громадянами проголошених нею прав і свобод: 1. використання прав і свобод повинно здійснюватись у певній відповідності до їх соціального та юридичного змісту; 2. Конституція вимагає дотримання цільового призначення прав і свобод громадян; 3. викорис-

© Янчишин Т., 2011

тання прав і свобод не повинно призводити до невиконання обов'язків; 4. якщо використання прав і свобод як попередньої умови передбачає виконання обов'язків, то сама ця форма правореалізаційного процесу може виникнути тільки за наявності цієї умови.

Застосування конституційно-правових норм передбачає владне втручання держави, її органів і інших суб'єктів цієї діяльності в реалізації конституційно-правових норм. Названі суб'єкти застосовують базові норми в тому випадку, коли необхідна їх персоніфікація у відношенні конкретної особи. Виділяють три способи застосування конституційно-правових норм: 1. самостійне застосування суб'єктами права норм Конституції; 2. застосування норм Конституції спільно з іншими нормами права; 3. застосування конституційно-правових норм для мотивування судових рішень і тлумачення інших правових норм.

Із вищенаведеного можна виділити наступне: «дотримання» і «виконання» конституційних норм по суті є двома аспектами однієї форми реалізації, яка може відповідати терміну «виконання». Тобто можна зробити висновок, що є три форми реалізації конституційно-правових норм: виконання, використання, застосування. Проте необхідно зазначити, що перечисленні форми здійснення конституційних норм можна відрізняти в залежності від характеру впливу державної влади на реалізацію норм Конституції.

Якщо на основі вищевказаного проаналізувати положення щодо кожної із форм реалізації конституційно-правових норм, то можна зробити наступні висновки:

- ✓ Вимога дотримання конституційних норм адресована всім суб'єктам права, в тому числі органам державної влади, органам місцевого самоврядування, посадовим особам, громадянам і їх об'єднанням, іноземним особам і особам без громадянства, які знаходяться на території України, а також державі як такій. Вимога дотримання конституційно-правових норм стосується не лише нормотворчої діяльності держави і її органів, але і всіх інших видів її діяльності, а також поведінки громадян. В сучасних умовах роль заборон як засобу регулювання поведінки громадян не значна, в Конституції їй належить не основна увага. Конституція формує в основному активну поведінку громадян і про дотримання мова йде в тому сенсі, що особа повинна поводити себе в тих рамках, які встановив Основний Закон, що трактується як виконання конституційно-правових норм.
- ✓ Використання як форма реалізації права пов'язана з процесом здійснення прав і свобод і слугує позначенням цього процесу. Його суб'єктами є не лише фізичні особи, але і всі інші суб'єкти конституційних правовідносин, які наділені правами. Використання як форма реалізації конституційних норм передбачає активну позицію суб'єктів конституційно-правових відносин. Суб'єкти своїми діями здійснюють надані їм права. Також необхідно зазначити, що використання як форма здійснення норм включає не лише реалізацію прав і свобод, які закладені в Конституції, але і реальне користування закладених в цих правах соціальних благ. Використання як особлива форма реалізації Конституції залишає простір для суб'єктів в виборі варіанту своєї поведінки.
- ✓ Органи державної влади та їх посадові особи беруть активну участь у застосуванні норм Конституції України, при цьому особливу роль відіграють судові органи. Достатньо згадати ст.66 Конституції України, де сказано: «Права і свободи людини і громадянина захищаються судом». Реалізуючи свої конституційні повноваження, вищі органи держави приймають рішення, котрі дістають своє вираження в актах застосування норм Конституції. Ці акти за своєю природою нерідко принципово відмінні від тих, що за загальною теорією держави і права звуться актами застосування норм права (правозастосовними актами). Зокрема частина з актів застосування конституційних норм може мати і має нормативно-правовий характер. Наприклад, актами застосування норм, що містяться в ст.92 Конституції України (мова йде поро об'єкти законодавчого регулювання), тому що є відповідні закони. Частина з указів Президента України, які видані на основі Конституції і законів та мають нормативно-правових характер, об'єктивно є актами застосування конституційних норм, які визначають зміст компетенції глави держави. Сказане відноситься і до частини постанов Кабінету Міністрів України, хоча роль урядових актів у сфері конституційно-

правового регулювання та відповідної нормозастосовчої діяльності не можна порівнювати з роллю актів парламенту та глави держави.

Наведена вище оцінка актів застосування конституційно-правових норм як таких, частина з яких має нормативно-правовий характер, лише засвідчує, по-перше, неординарність самих конституційно-правових норм як засобу нормативно-правового регулювання і по-друге, особливий статус вищих органів держави, який не обмежується формальним їх визначення як конституційних органів.

І так, ефективність механізму реалізації конституційно-правових норм або конституційних приписів, як видно, із викладеного, залежить від сукупності дій багатьох факторів і умов, в тому числі від соціальних передумов, нормативних, ідеологічних, організаційних гарантій, які взаємно підкріплюють діями одна одну, забезпечують загальну цілеспрямованість процесу право реалізації і його максимальну результативність.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

ДЕРЖАВНІ ГАРАНТІЇ ЗАОЩАДЖЕНЬ В УКРАЇНІ.

Бойчук Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сьогодні правники широко у своїй практиці використовують термін «державні гарантії заощаджень в Україні». Проте чіткості та однозначності у фінансово-правовому регулюванні цих відносин – не має.

Для початку спробуємо визначити та проаналізувати зміст терміно-поняття «державних гарантій заощаджень в Україні».

Поняття державних гарантій в українському законодавстві зустрічається в Законі України від 21 листопада 1996 р. «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України». У ст. 1 вищезгаданому нормативно-правовому акті зазначається, що: «На підставі цього Закону встановлюються зобов'язання держави перед громадянами України, які внаслідок знецінення втратили грошові заощадження, поміщені в період до 2 січня 1992 року в установи Ощадного банку СРСР та державного страхування СРСР, що діяли на території України, а також у державні цінні папери, придбані в установах Ощадного банку СРСР, що діяли на території України: облігації Державної цільової безпроцентної позики 1990 року, облігації Державної внутрішньої виграшної позики 1982 року, державні казначейські зобов'язання СРСР, сертифікати Ощадного банку СРСР».

У контексті аналізу цього визначення слід звернути увагу на ту обставину, що вищезгадані боргові зобов'язання держави перед громадянами України - прийняті на засадах правонаступництва. Тобто цей борг - виник не на умовах запозичень держави Україна, але держава де-юре гарантує його відшкодування. Дане питання має дуже серйозне правове, фінансове, соціальне та політичне значення. На сьогоднішній день проведено переоформлення документів та часткове здійснення розрахунків із власниками боргових зобов'язань держави, визнаних умовами правонаступництва, проте питання визнання такої заборгованості і зарахування її до державного внутрішнього боргу залишається сумнівним і до кінця невизначеним.

Згідно з тлумаченнями і коментарями Рахункової палати, одним з основних видів діяльності установ Ощадного банку СРСР, республіканських ощадних кас було залучення тимчасово вільних коштів населення у вклади, обслуговування обігу державних цінних паперів та проведення розрахунково-касового обслуговування населення. Кошти, залучені на вклади, акумулювалися на кореспондентських рахунках Ощадбанку (ощадкас) протягом року. Щорічно після закінчення календарного року, відповідно до встановленого порядку, загальну суму залишку коштів на кореспондентському рахунку Ощадбанку (ощадкас) України заключними оборотами списували на кореспондентський рахунок Правління Ощадбанку колишнього Союзу РСР, а останнє передавало їх Держбанку СРСР та Міністерству фінансів СРСР для фінансування витрат Державного бюджету колишнього Союзу РСР. Загальна сума акумульованих і списаних відповідно до зазначеного порядку коштів з кореспондентського рахунку Ощадбанку (ощадкас) України на кореспондентський рахунок Правління Ощадбанку колишнього Союзу РСР станом на 1 січня 1991р. становила 84,3 млрд руб., що відповідало залишку вкладів населення на вищезазначену дату. Законом України від 16 вересня 1992 р. «Про державний внутрішній борг України» передбачено зарахування до складу боргових зобов'язань Уряду України частини боргових зобов'язань Уряду колишнього Союзу РСР, взятої на себе Україною.

Таким чином, Україна, як самостійна держава, взяла на себе зобов'язання щодо повернення громадянам їхніх заощаджень у сумі 84,3 млрд руб., проте згідно з висновком Рахункової палати, Міністерством фінансів України не була виконана умова Угоди про прийняття на баланс цієї суми боргу. Загальна сума боргових зобов'язань держави за знеціненими грошови-

© Бойчук Т., 2011

ми заощадженнями, поміщеними в установи Ощадного банку України та страхові внески громадян в установах колишнього Укрдержстраху в період до 2 січня 1992 р. дорівнює 131,96 млрд грн і становить 75 відсотків (98,58 млрд. грн) з боргових зобов'язань колишнього СРСР, прийнятих на себе Україною та 25 відсотків (33,38 млрд грн) з боргових зобов'язань безпосередньо України.

Постановою Верховної Ради України від 12.07.96 № 327/96-ВР «Про структуру бюджетної класифікації України», яка станом на сьогодні – втратила чинність, визначалося, що до структури державного внутрішнього боргу зачислено заборгованість за компенсаційними виплатами населенню в установах Ощадбанку України та колишнього Укрдержстраху за залишками вкладів населення, централізованими колишнім Ощадбанком СРСР, та компенсаціями за ними.

Законом України від 17 січня 1997 р. № 8/97-ВР „Про внесення змін до Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України», яким скасовано низку важливих положень цього нормативно-правового акту, проаналізуємо положення, які спричинили зміну правового режиму заощаджень громадян України, здійснених в установах Ощадбанку УРСР. Зокрема, із ст. 4 Закону вилучено положення про те, що заощадження громадян України є державним внутрішнім боргом України, а із ст. 6 положення стосовно того, що відновлення заощаджень громадян України здійснюють шляхом переведення їх у цільові боргові зобов'язання держави у порядку, який визначає Кабінет Міністрів України та Національний банк України.

Наступні зміни до зазначеного Закону внесені Законом України від 24 березня 1998 р. за № 201/98-ВР «Про внесення змін до Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України», яким: ч. 2 ст. 7 змінено і викладено у такій редакції: «Перелік груп вкладників і черговість виплат проіндексованих грошових заощаджень, а також обсяг виплат згідно зі ст. 8 цього Закону у межах коштів, передбачених Державним бюджетом України, встановлюються Кабінетом Міністрів України». У частині першій ст. 8 було визначено, що у разі смерті вкладника спадкоємці, які взяли на себе організацію похорон), пред'являючи ощадну книжку вкладника та свідоцтво про смерть, можуть одержати частину проіндексованого вкладу, суму якої визначають, керуючись розміром державної допомоги на поховання, збільшеним у п'ять разів. Внесеними змінами позицію «збільшено у п'ять разів» вилучено, тобто, у разі смерті вкладника спадкоємці тепер можуть отримати в установах Ощадбанку тільки суму у розмірі державної допомоги на поховання (150 грн.).

Усі виплати, що були здійснені протягом 1997 - 2004 років, стосувались грошових заощаджень, поміщених в установи Ощадного банку СРСР та державного страхування СРСР, що діяли на території України, а також державних цінних паперів у період до 2 січня 1992 р. Як вже було зазначено, Закон України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України» передбачає компенсацію також і грошових заощаджень громадян України, поміщених в установи Ощадного банку України та колишнього Укрдержстраху протягом 1992 - 1994 років і які перебували на рахунках Ощадного банку України не менше одного повного календарного року в період 1992 - 1995 років.

Однак цим Законом не передбачено індексацію зазначених заощаджень, не визначено співвідношення, у якому ці заощадження відновлюються. Тобто механізму компенсації грошових заощаджень громадян України, поміщених в установи Ощадного банку України та колишнього Укрдержстраху протягом 1992 - 1994 років, законодавчо не визначено на сьогодні.

Без сумніву, головна проблема полягає у фінансових можливостях держави, оскільки компенсації заощаджень громадян у сумі 132 млрд. грн. є справою не одного року.

На сьогоднішній день існує конкуренція норм різних законодавчих актів, що мають однакову юридичну силу. Зокрема, згідно з міждержавною Угодою від 13 березня 1992 р. про принципи та механізм обслуговування внутрішнього боргу колишнього СРСР та Закону України «Про державний внутрішній борг» така заборгованість є внутрішнім боргом держави. Водночас у Законах України від 21 листопада 1996 р. № 537/96-ВР «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України» та від 23 січня 1997 р. «Про структуру державного внутрішнього боргу України станом на 1 січня 1996 року і граничний розмір державного внутрішнього боргу України на 1996 та 1997 роки» ця заборгованість не зачислена до складу

державного внутрішнього боргу. Це є однією з причин незадовільного й такого, що здійснюється за залишковим принципом виконання боргових зобов'язань держави перед своїми громадянами. Відсутність зазначених зобов'язань держави у складі внутрішнього державного боргу дає змогу Уряду та Міністерству фінансів України ухилятися від виконання цих зобов'язань у повному обсязі. Відтак відсутні деякі процесуальні положення.

З часу прийняття Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України» суб'єктами законодавчої ініціативи пропонувалось багато шляхів вирішення проблеми з відновленням заощаджень. Однак всі пропозиції, як хвилі, розбивались об скелю відсутності достатнього обсягу коштів.

Тим часом у Росії законом «Про відновлення і захист заощаджень громадян Російської Федерації» №73–ФЗ від 10 травня 1995 року гроші, вкладені в Ощадбанк до 20 червня 1991 року, офіційно визнані державним внутрішнім боргом. Загалом у Росії прийнято п'ять законів, які повною мірою відновили майнові права власників заощаджень, зроблених у радянський час. У 1997 році було введене поняття номіналу цільового боргового зобов'язання Росії (один борговий рубль дорівнює карбованцеві СРСР). У тому ж році БЗР почав офіційно котуватися: Держкомстат РФ, виходячи з цін поточного тижня, визначає величину БЗР, а уряд її контролює і затверджує. На сьогодні курс БЗР складає приблизно 27 рублів, тобто один радянський карбованець у Росії майже дорівнює доларові США. В цілому ж внутрішній борг Росії перед вкладниками Ощадбанку СРСР складає понад 8 трильйонів рублів – це близько 270 мільярдів доларів. Механізму перекладу боргових зобов'язань у реальні гроші немає, проте, держава визнала свій борг і заявила про готовність повернути його в повному обсязі.

РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ НАДАВАЧІВ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.

Жмурко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правовідносини інституту фінансового права – це відносини, що виникають у сфері публічних фінансів, зокрема: щодо акумуляції, розподілу (перерозподілу) та використання коштів, що є в обігу. За останні декілька років актуальним стало запровадження загальнообов'язкового державного медичного страхування та створення останнього з п'яти фондів соціального страхування.

Україна, як незалежна держава, сформувала свою систему охорони здоров'я та затвердила нормативно-правові акти, які регулюють діяльність чинної мережі закладів охорони здоров'я. Не викликає сумніву те, що особливим суб'єктом цього виду страхування мають бути надавачі медичних послуг, до структури яких саме і належать заклади охорони здоров'я.

Україна застосовує норми міжнародних договорів та прагне застосовувати міжнародні стандарти в галузі охорони здоров'я. Тож одне із завдань, яке стоїть перед Урядом України, – сформувати та реалізувати державну політику в галузі охорони здоров'я згідно з міжнародними вимогами до медичної допомоги. Йдеться про надання якісної медичної допомоги громадянам України, іноземцям та особам без громадянства, які перебувають на території України і потребують медичної допомоги. Сьогодні завданням закладів охорони здоров'я населення України є – надавати повну кваліфіковану медичну допомогу громадянам України. Та за теперішніх соціально-економічних умов це завдання не може бути реалізовано повною мірою. Цьому заважають фінансова діяльність закладів охорони здоров'я, їх безпосереднє фінансування та підпорядкування, адже діяльність закладів охорони здоров'я спрямована лише на виживання.

На нашу думку, першочерговими кроками до ухвалення нового законодавчого акту про загальнообов'язкове державне медичне страхування має бути аналіз діяльності надавачів медичних послуг, а також безпосередні дії щодо реформування закладів охорони здоров'я як первинної ланки в теперішній системі охорони здоров'я та в майбутній системі загальнообов'язкового державного медичного страхування.

Основним нормативним актом станом на сьогодні, який регулює питання забезпечення охорони здоров'я є Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я». Даний нормативно-правовий акт визначає правовий статус громадян України, як таких, яким надається медична допомога, визначає перелік органів охорони здоров'я, закладів охорони здоров'я та основні функції держави у сфері охорони здоров'я. Проте в ньому не закріплені основи загальнообов'язкового державного медичного страхування, не врегульовано питання діяльності останнього з п'яти фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Вважаємо за доцільне виокремити основні аспекти реформування системи надавачів медичних послуг.

1. Прийняття нормативно-правового акту, який би закріплював основи правової діяльності, порядку фінансування та фінансово-правову відповідальність надавачів медичних послух. Саме таким актом повинен бути Закон України «Про правовий статус закладів охорони здоров'я та правовий статус медичних працівників».

2. Визначення «надавачів медичних послуг» окремим і первинним елементом у системі загальнообов'язкового державного медичного страхування. Закріплення визначення у Законах України з державного медичного страхування. Під надавачами медичних послуг розуміємо заклади охорони здоров'я державної та комунальної форми власності та медичних працівників, які у відповідності до порядку їх утворення, підпорядкування та фінансування вважаються такими. Їх правовий статус буде випливати саме з нормативного закріплення їх такими суб'єктами медичного страхування.

© Жмурко О., 2011

3. Фінансове забезпечення діяльності закладів охорони здоров'я. згідно ст. 49 Конституції України у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Теперішня система охорони здоров'я в основному побудована на засадах системи охорони здоров'я колишнього СРСР, система закладів охорони здоров'я та основи надання медичної допомоги не змінились. Чинне положення Конституції вказує на те, що державні та комунальні заклади охорони здоров'я фінансуються з державного та місцевих бюджетів. Проте допомога, яку надають ці заклади, не задовольняє населення, і кошти, які надаються цим закладам, є недостатніми для надання якісної медичної допомоги. На нашу думку в системі управління та підпорядкування закладів охорони здоров'я потрібно застосовувати принцип децентралізації, а саме:

- ✓ державними закладами охорони здоров'я, які надаватимуть життєво необхідну допомогу пацієнтам, повинно управляти Міністерство охорони здоров'я України та його територіальні відділення;
- ✓ комунальними закладами охорони здоров'я має управляти Фонд державного медичного страхування та його територіальні відділення. У цьому випадку йдеться про основний вид допомоги – допомогу «на рівні збереження здоров'я», обсяги якої є суттєво більшими від «життєво необхідної».

4. Необхідність реорганізації медичних закладів та обсяги допомоги, які мають надавати заклади охорони здоров'я. Ми цілком погоджуємось з твердженнями науковців і вважаємо за доцільне закріпити в законодавстві основи фінансування закладів охорони здоров'я залежно від рівня медичної допомоги, структурної організації медичного закладу та основ підпорядкування. Виділяємо наступні рівні надання медичної допомоги:

- ✓ спеціалізована медична допомога (рівень збереження життя) , яку надають державні заклади охорони здоров'я;
- ✓ високоспеціалізована медична допомога (рівень збереження здоров'я), яку надають комунальні заклади охорони здоров'я;

Вважаємо, що фінансування повинно здійснюватись наступним чином:

- ✓ державні заклади охорони здоров'я, які фінансуються з державного бюджету України та місцевих бюджетів на підставі норм законодавства, що визначають перелік суб'єктів та основні види медичної допомоги, які надаються населенню України, шляхом цільового кошторисно-постатейного фінансування;
- ✓ комунальні заклади охорони здоров'я, які фінансуються з Фонду державного медичного страхування, з пожертв та благодійницької діяльності, на підставі договору – страхового поліса шляхом по осібного фінансування;

5. Необхідність встановлення та нормативного закріплення фінансової відповідальності. Сьогодні заклади охорони здоров'я отримують кошти з державного та місцевого бюджетів для надання медичних послуг. Кошти, які були отримані закладом охорони здоров'я не в повній мірі чи часто взагалі використовуються не за цільовим призначенням. У бухгалтерських документах медичного закладу дані кошти списуються як такі, які використані за цільовим призначенням. За використання коштів повністю чи частково не за цільовим призначенням лікарі практично у всіх випадках позбавлені обов'язку відповідати за свої дії. Тому питання фінансової відповідальності є надзвичайно актуальним сьогодні. Доцільно було б визначити в законодавстві порядок притягнення працівників закладів охорони здоров'я (під працівниками розуміємо весь медичний персонал, який може мати доступ чи якому може бути надано доступ до бухгалтерських документів) та медичних працівників, до фінансової відповідальності.

На підставі наведеного вище робимо висновок про те, що необхідно визначити основи реформування системи закладів охорони здоров'я. Для цього потрібно ухвалити Закон України «Про заклади охорони здоров'я та правовий статус медичних працівників», особливим положенням у якому має стати чітка диференціація закладів охорони здоров'я, порядок утворення, управління, фінансування та відповідальності. Для того, щоб заклади охорони здоров'я належно виконували свої завдання, потрібно встановити, що частина закладів охорони здоров'я буде підпорядковуватись Міністерству охорони здоров'я та його територіальним відділенням, а частина – Фондові державного медичного страхування та його територіальним від-

діленням. Відповідно до системи підпорядкування закладів охорони здоров'я, у Законі України «Про загальнообов'язкове державне медичне страхування» потрібно закріпити положення про те, що державні заклади охорони здоров'я фінансуються за рахунок бюджетів усіх рівнів, а комунальні заклади охорони здоров'я фінансуються з коштів Фонду державного соціального медичного страхування.

ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ЗА АДМІНІСТРАТИВНИМИ ПОЗОВАМИ ПРО ПРИМУСОВЕ ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ, ІНШИХ ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОГО МАЙНА, ЩО НА НІЙ РОЗМІЩЕНІ, З МОТИВІВ СУСПІЛЬНОЇ НЕОБХІДНОСТІ

Ільницький О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закріплена у нормах Конституції України, ЦК України, а також ЗК України непорушність права власності не має абсолютного характеру. Універсальною умовою для його обмеження є превалювання над її особистісним інтересом, на задоволення якого спрямоване володіння, користування та розпорядження власним майном, інтересу певної референтної соціальної спільноти, що в «державницькому» суспільстві проявляється у інтересі держави чи квазідержавного публічного утворення.

Ст.41 Конституції України передбачає, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Частково розвиток цього конституційного положення було закріплено у нормах Земельного та Цивільного кодексів, а продовжено у Законі України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» від 17.11.2009 р. (надалі – Закон).

Закон закріпив юридично вірну та обґрунтовану концепцію, за змістом якої у разі неотримання згоди власника земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з викупом цих об'єктів для суспільних потреб, зазначені об'єкти можуть бути примусово відчужені у державну чи комунальну власність за рішенням суду (ст.15). Вказана категорія справ стала не лише одним із первістків «агресивних» у відношенні до прав, свобод та інтересів осіб форм діяльності судової влади незалежної України, але й серйозним випробуванням для функціонування адміністративного судочинства.

Включена до КАС України Законом ст.183-1 визначає лише окремі формально-процесуальні моменти провадження у справах за адміністративними позовами про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з мотивів суспільної необхідності, однак не дає відповіді на ключові питання предмету та його закономірностей дослідження судами у таких справах. Відповідь на це можна отримати лише шляхом комплексного та системного дослідження КАС України в цілому та Закону.

Основні елементи правовідносин, які підлягають дослідженню адміністративними судами при вирішенні пред'явлених позовів повинні ґрунтуватися на перевірці правового статусу суб'єкта владних повноважень, який звернувся із позовом, правового статусу земельної ділянки та іншого об'єкту нерухомості, що на ній розміщений, дотримання формальної процедури відчуження, визначеної законом у діях суб'єкта владних повноважень.

За змістом п.1 ч.1 ст.107 КАС України першим і найважливішим моментом з точки зору відкриття судового провадження є встановлення достатньої адміністративної процесуальної дієздатності особи на звернення із вимогами про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, з мотивів суспільної необхідності.

Оскільки при визначенні кола справ, які розглядаються за зверненням суб'єктів владних повноважень, необхідно виходити з конституційного принципу, що органи влади діють тільки на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені законом, відповідно, суб'єкти владних повноважень можуть звертатися до адміністративного суду тільки у випадках, передбачених законом. При цьому, у законі повинно чітко визначатися право та первинні нормативні підстави конкретного органу на звернення до адміністративного суду – фактично, закон

© Ільницький О., 2011

повинен надати достатню адміністративну процесуальну дієздатність – здатність своєю заявою породжувати адміністративні процесуальні правовідносини.

Аналіз ч.1 ст.183-1 КАС України та ч.1 ст.16 Закону дозволяє зробити висновок, що право на звернення із подібними позовами до адміністративного суду мають лише ті суб'єкти владних повноважень, за якими закон визначив і повноваження на викуп таких об'єктів. Детальному регулюванню цього питання присвячені статті 8 та 9 Закону. Законодавець застосував диференційований підхід визначення права на застосування викупу земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна залежно від виду суб'єкта владних повноважень (природи його повноважень) – орган виконавчої влади чи місцевого самоврядування, конкретної суспільної потреби, та її значення (загальнодержавне чи місцеве), адміністративно-територіального розміщення відчужуваного об'єкту та його співвідношення із територією поширення компетенції відповідного суб'єкта владних повноважень.

За змістом ч.2 ст.183-1 КАС України вказана категорія справ підсудна у першій інстанції апеляційним адміністративним судам за місцем розташування нерухомого майна, що підлягає примусовому відчуженню.

Згідно з ч.1 ст.23 КАС України усі адміністративні справи в суді першої інстанції, крім випадків, встановлених цим Кодексом, розглядаються і вирішуються суддею одноособово. Закріплений на сьогодні особливий нормативний порядок вирішення справ про примусове відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності не передбачає розгляд вказаної категорії справ у апеляційних адміністративних судах колегією суддів, як немає для цього, очевидно, підстав зі змісту загальної ст.24 КАС України. Однак, керуючись офіційними принципами адміністративного судочинства верховенства права та законності (в тому числі, такими його складовими як аналогія закону (ч.7 ст.9 КАС України), при розгляді адміністративних справ у першій інстанції апеляційними судами можуть бути застосовані приписи ч.2 ст.24 КАС України.

Нормативний дисонанс вносить нове положення ч.5 ст.24 КАС України – «Адміністративні справи, підсудні Київському апеляційному адміністративному суду як суду першої інстанції, розглядаються і вирішуються колегією у складі трьох суддів.» А отже, справи щодо примусового відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які знаходяться на території підсудній Київському апеляційному адміністративному суду розглядаються виключно колегіально у складі трьох суддів, в той час, як всі решта – можуть розглядатися колегіально за клопотанням сторін або з ініціативи суду.

Протягом граничного двохмісячного строку розгляду справи у суді перед ним стоїть вирішення важливого завдання – перевірити достатність підстав та фактичну обґрунтованість для примусового відчуження об'єкту приватної власності особи, що у значній мірі дотичне до питання реалізації суб'єктом владних повноважень дискреційних повноважень.

Звичайно, базове значення у цьому процесі має аналіз ст.15 Закону, яка прямо визначає підстави для примусового відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності. Вказівка у статті на «…неотримання згоди власника… з викупом цих об'єктів для суспільних потреб…» стверджує визнану закономірність цієї категорії справ – суб'єкт владних повноважень має право звернутися до суду, але після встановленої законом процедури вирішення цього спору в досудовому порядку (М. Смокович).

Другу частину аналізу ст.15 повинні становити власне з'ясування підстав для звернення із вимогою про примусове відчуження. Об'єкти нерухомості можуть бути примусово відчужені у державну чи комунальну власність лише як виняток з мотивів суспільної необхідності і виключно під розміщення чітко визначених у законі об'єктів і споруд. З огляду на принципове значення вказаних підстав як законних передумов порушення конституційного права власності особи, їхнє однозначне розуміння та встановлення існування є гарантією забезпечення інтересів власників у вказаній категорії спорів.

Перш за все звертає на себе увагу ключовий критерій, який застосовується законодавцем і у конституційних нормах для визначення можливості примусового відчуження земельних ділянок та інших об'єктів нерухомого майна – «як виняток з мотивів суспільної необхідності». Абз.7 ч.1 ст.1 Закону надав наступне визначення суспільної необхідності – «обумовлена зага-

льнодержавними інтересами або інтересами територіальної громади виключна необхідність, для забезпечення якої допускається примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, у встановленому законом порядку».

Для визначення суспільної необхідності при застосуванні норм Закону, встановленню підлягають два аспекти: по-перше, загальнодержавний інтерес або інтерес територіальної громади для задоволення якого допускається примусове відчуження об'єктів, що й визначає цю необхідність, а по-друге, виключний (радше – винятковий) характер такої необхідності.

Питання правового інтересу є надзвичайно складною юридичною конструкцією. Його офіційне тлумачення та ознаки подані у Рішенні Конституційного Суду України у справі про охоронюваний законом інтерес від 01.12.2004 р.: «… «охоронюваний законом інтерес», …у логічно-смисловому зв'язку з поняттям «права», треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам». Однак встановити законність інтересу та його захисту щодо конкретної фізичної особи чи юридичної особи куди простіше, ніж визначити загальнодержавний інтерес чи інтерес територіальної громади, оскільки останні за своєю природою є правовою фікцією. Вказати на наявність загальнодержавного чи громадівського інтересу та довести його перед судом – обов'язок суб'єкта владних повноважень, який звертається до суду, згідно з правилами доказування у адміністративному судочинстві. Однак вирішуючи питання про наявний загальнодержавний чи громадівський інтерес у питанні примусового відчуження земельної ділянки та інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, підміняти його суб'єктним підходом є очевидно невірно і це може призвести до очевидної помилки та, як наслідок, – безпідставного позбавлення судом особи права власності.

З'ясувавши передумови для встановлення публічного інтересу у примусовому відчуженні, констатація суспільної необхідності вимагає встановлення виключного (а радше – виняткового) характеру такої необхідності. Розуміння такої «виключності» необхідності дає систематичне тлумачення положень Закону: такі потреби не можуть бути забезпечені шляхом використання земель державної чи комунальної власності (ч. 1 ст. 2 Закону); якщо об'єкти, визначені у ст. 15 Закону, можна розмістити виключно на земельних ділянках, що відчужуються, або якщо розміщення таких об'єктів на інших земельних ділянках безпосередньо завдасть значних матеріальних збитків або спричинить негативні екологічні наслідки відповідній територіальній громаді, суспільству або державі в цілому (ч. 4 ст. 4 Закону), а будівництво цих об'єктів передбачається здійснити із застосуванням оптимального варіанта з урахуванням економічних, технологічних, соціальних, екологічних та інших чинників (ч. 2 ст. 15 Закону); будівництво, капітальний ремонт, реконструкція об'єктів, під розміщення яких відчужується відповідне майно, є неможливим без припинення права власності на таке майно попереднього власника (ч. 2 ст. 16 Закону).

Наслідком розгляду справи у адміністративному суді є відповідна постанова. Крім традиційної форми судового акту в порядку адміністративного судочинства (ст. 163 КАС України), ч. 5 ст. 183-1 КАС України визначає перелік додаткових реквізитів прийнятої судом постанови. У постанові адміністративного суду про задоволення позову повинна зазначатися інформація про об'єкт примусового відчуження, його місцезнаходження, площу, кадастровий номер, цільове призначення, категорію земель, умови попереднього повного відшкодування вартості земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, збитків, завданих власнику внаслідок примусового відчуження, та їх розмір, визначений відповідно до закону, строк, протягом якого власник має звільнити земельну ділянку, інші об'єкти нерухомого майна, що на ній розміщені, джерело фінансування витрат, пов'язаних із примусовим відчуженням.

Діючий процесуальний порядок передбачив можливість апеляційного оскарження постанови про примусове відчуження: на підставі ч.6 ст.183-1 КАС України судом апеляційної інстанції у справах про примусове відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необ-

хідності є Вищий адміністративний суд України. Хоча поспіх законодавця знову дався у знаки: ч.2 ст.184 КАС України визначає можливість виконання Вищим адміністративним судом України функції апеляційного у одній категорії справ – у випадку розгляду апеляційних скарг на рішення Київського апеляційного адміністративного суду у справах, що виникають з оскарження рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії чи члена цієї комісії, крім встановлення нею результатів виборів чи всеукраїнського референдуму.

На підставі ч.3 ст.24 КАС України розгляд справи у цьому суді повинен здійснюватися колегією у складі трьох суддів у двомісячний строк з дня надходження апеляційної скарги (ч.7 ст.183-1 КАС України).

Ст.183-1 КАС України передбачила лише єдине істотне правило-особливість апеляційного розгляду справи про примусове відчуження об'єктів нерухомості з мотивів суспільної необхідності – за змістом ч.8 суд апеляційної інстанції за наслідками апеляційного розгляду не може повертати справу на новий розгляд. А це означає, що в разі, якщо колегія суддів Вищого адміністративного суду України приходить до висновку про наявність підстав для скасування постанови першої інстанції та її повернення на новий розгляд, вона проводить судове слідство у повному обсязі самостійно, приймаючи нову постанову.

ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З МІСЦЕВИМИ ВИБОРАМИ

Криса Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Основні засади, організація та порядок проведення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах, сільських, селищних рад та сільських, селищних, міських голів визначені Законом України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (далі – Закон).

Натомість судовий порядок розгляду та вирішення публічно-правових спорів, що пов'язані з місцевими виборами визначений нормами Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України).

Ефективному розгляду та вирішенню адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом сприяє чітке законодавче визначення особливостей провадження в даній категорії справ (ст.ст 172-175 КАС України).

Аналіз положень КАС України дає змогу виділити такі позитивні моменти щодо реалізації права особи на судовий захист її прав та інтересів у виборчому процесі:

1) визначення предмета звернення до адміністративного суду;

2) встановлення кола суб'єктів виборчого процесу, які мають право на звернення до суду з адміністративним позовом;

3) визначення поняття «суб'єкт владних повноважень» та встановлення кола суб'єктів до яких може бути звернена вимога позивача в адміністративних справах, що пов'язані з виборчим процесом;

4) визначення підсудності адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом;

5) закріплення вимог щодо форми та змісту позовної заяви;

6) встановлення строків розгляду адміністративних справ, що пов'язані з виборчим процесом;

7) закріплення процесуальних норм щодо подання доказів сторонами в адміністративній справі;

8) встановлення видів рішень суду за результатами розгляду та вирішення справи та порядку набрання ними законної сили;

9) можливість перегляду судового рішення шляхом оскарження його в апеляційному порядку.

Категорії адміністративних справ, що пов'язані з місцевими виборами, визначені главою 6 розділу III КАС України. За предметним критерієм ці справи можна розділити на наступні групи:

1) справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності осіб, які є суб'єктами виборчого процесу:

- ✓ справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, членів цих комісій (ст. 172 КАС України);
- ✓ справи про оскарження дій або бездіяльності кандидатів, їхніх довірених осіб, партії (блоку), місцевої організації партії, їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів від суб'єктів виборчого процесу (ст. 175 КАС України);

2) справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності осіб, які не є суб'єктами виборчого процесу:

- ✓ справи про оскарження рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, які порушують законодавство про вибори (ст. 174 КАС України);

3) справи:

© Криса Т., 2011

- ✓ щодо уточнення списку виборців (ст. 173 КАС України);

Судами, які компетентні розглядати позовні заяви в перелічених вище категоріях адміністративних справ, є місцеві загальні суди як адміністративні, окружні адміністративні суди, апеляційні адміністративні суди та Вищий адміністративний суд України.

Так, *Вищий адміністративний суд України* розглядає адміністративні справи щодо рішень, дій або бездіяльності Центральної виборчої комісії щодо встановлення нею результатів виборів. Усі інші рішення, дії, бездіяльність Центральної виборчої комісії, члена цієї комісії оскаржуються до *Київського апеляційного адміністративного суду*.

Окружні адміністративні суди розглядають справи:

1) щодо рішень, дій або бездіяльності виборчої комісії Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських (в тому числі міст Києва та Севастополя), районних у містах виборчих комісій щодо підготовки та проведення виборів, а також членів зазначених комісій - за місцезнаходженням відповідної комісії;

2) щодо рішень, дій або бездіяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб - за місцезнаходженням зазначених органів;

3) щодо дій чи бездіяльності кандидатів у депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах рад, їхніх довірених осіб, партії (блоку), місцевої організації партії, що є суб'єктами відповідного виборчого процесу - за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена.

Місцевий загальний суд, як адміністративний розглядає:

1) всі інші справи щодо рішень, дій або бездіяльності виборчих комісій, членів цих комісій - за місцем знаходження відповідної комісії;

2) справи щодо уточнення списку виборців - за місцезнаходженням відповідної комісії;

3) справи щодо дій чи бездіяльності засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, що порушують законодавство про вибори - за їхнім місцезнаходженням;

4) справи щодо дій чи бездіяльності кандидата в депутати сільської, селищної ради, кандидатів на посаду сільського, селищного голови, їх довірених осіб - за місцем вчинення дії чи місцем, де ця дія повинна бути вчинена.

Варто звернути увагу на той факт, що суд приймає до розгляду позовні заяви в адміністративних справах, пов'язаних з виборчим процесом незалежно від сплати судового збору; а позовна заява про уточнення списку виборців взагалі подається без сплати такого збору.

Кодексом адміністративного судочинства України встановлені також особливості здійснення представництва у справах, пов'язаних з виборчим процесом. Так, відповідно до ст. 178 КАС України, як представник кандидата, партії (блоку), місцевої організації партії у справах, пов'язаних з виборчим процесом, без додаткового на те уповноваження діє особа, яка відповідно до Закону зареєстрована як довірена особа відповідного кандидата, або уповноважена особа (представник) відповідної партії (блоку), місцевої організації партії.

Документом, що підтверджує повноваження таких представників є відповідне посвідчення, видане в порядку, встановленому Законом.

Важливою гарантією захисту прав та інтересів позивача в окресленій категорії справ є інститут забезпечення адміністративного позову. Відповідно до положень ст. 117 КАС України, якщо існує очевидна небезпека заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам позивача до ухвалення рішення в адміністративній справі, або захист цих прав, свобод та інтересів стане неможливим без вжиття таких заходів, або для їх відновлення необхідно буде докласти значних зусиль та витрат, а також якщо очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень - суд за клопотанням позивача або з власної ініціативи може постановити ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову. Ухвалу про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову вправі постановити як суд першої інстанції, так і суд апеляційної інстанції - якщо розпочато апеляційне провадження.

Однією із характеристик виборчого процесу є його швидкоплинність. Саме швидкоплинністю виборчого процесу обумовлені спеціальні процесуальні строки подання позовних заяв до суду, розгляд та вирішення виборчих спорів.

Відповідно до ст.ст. 172,174,175 КАС України позовні заяви в справах, що пов'язані з виборчим процесом (окрім справ щодо уточнення списку виборців) можуть бути подані до адміністративного суду у п'ятиденний строк з дня прийняття рішення, вчинення дії або допущення бездіяльності, але не пізніше двадцять четвертої години дня, що передує дню голосування.

Позовні заяви в адміністративних справах, що мали місце у день голосування, під час підрахунку голосів та встановлення результатів голосування на дільниці, може бути подано до адміністративного суду у дводенний строк з дня прийняття рішення, вчинення дії або допущення бездіяльності.

Суд вирішує адміністративні справи, зазначені вище, у дводенний строк після надходження позовної заяви, але не пізніше ніж за дві години до початку голосування.

Адміністративні справи за позовними заявами, що надійшли у день голосування вирішуються судом до закінчення голосування, а справи за позовними заявами, що надійшли у день голосування, але після закінчення голосування, вирішуються судом у дводенний строк після надходження позовної заяви.

Що стосується провадження у справах щодо уточнення списку виборців, то відповідно до ст. 173 КАС України позовну заяву в зазначеній категорії справ може бути подано не пізніш як за два дні до дня голосування. Суд вирішує адміністративні справи щодо уточнення списку виборців у дводенний строк після надходження позовної заяви, але не пізніше ніж за два дні до дня голосування, а якщо позовна заява надійшла за два дні до дня голосування, - невідкладно. Постанови адміністративного суду щодо внесення змін у списки виборців виконуються негайно.

Частиною 3 ст.177 КАС України визначено, що судові рішення за наслідками розгляду судами першої інстанції справ, визначених ст. 172-175 КАС України набирають законної сили після закінчення строку апеляційного оскарження, а у разі їх апеляційного оскарження - з моменту проголошення судового рішення суду апеляційної інстанції. Судові рішення Вищого адміністративного суду України набирають законної сили з моменту проголошення і не можуть бути оскаржені.

Судові рішення за наслідками розгляду справ, визначених ст.ст. 172-175 КАС України, можуть бути оскаржені в апеляційному порядку у дводенний строк з дня їх проголошення, а судові рішення, ухвалені до дня голосування, - не пізніш як за чотири години до початку голосування.

З урахуванням вимог ст. 177 КАС України суд апеляційної інстанції має розглянути справу у дводенний строк після закінчення строку апеляційного оскарження. Апеляційна скарга стосовно судового рішення, що було ухвалене до дня голосування, розглядається не пізніше ніж за дві години до початку голосування.

Суд апеляційної інстанції за наслідками апеляційного розгляду не може повертати справу на новий розгляд. Судове рішення суду апеляційної інстанції є остаточним (ч.9 ст.77 КАС України).

Відповідно до ч.5 ст.179 КАС України строки подання позовних заяв і апеляційних скарг, встановлені ст.ст. 172-175, 177 КАС України, не може бути поновлено. Позовні заяви, апеляційні скарги, подані після закінчення цих строків, суд залишає без розгляду.

КОНЦЕПЦІЯ «ЄДИНОГО ВІКНА» У МИТНІЙ СПРАВІ

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток економічних відносин та міжнародної торгівлі вимагають проведення реформування і спрощення здійснення митних процедур. Серед основних завдань такого реформування є створення електронного середовища в сфері митної справи та запровадження спрощеної системи декларування та митного оформлення товарів.

Прагнення української держави до членства в Європейському Союзі передбачає реформування національного законодавства. Вимогою Союзу є створення сприятливих умов для здійснення зовнішньоекономічної діяльності та старання до розширення зовнішньоекономічних зв'язків українських суб'єктів господарської діяльності. Вимога щодо спрощення митних процедур також поставлена в міжнародній Конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур.

На сьогоднішній день, в умовах активного розвитку інформаційних технологій, реформування митних процедур немислиме без використання автоматизованих систем. Першим корком в цьому напряму є створення в Україні багатофункціональної комплексної системи «Електронна митниця», функціонування котрої спрямовано на зміцнення митної безпеки України, адаптацію Єдиної автоматизованої інформаційної системи Держмитслужби та нової комп'ютеризованої транзитної системи ЄС (*авт.* NCTS), оперативне отримання актуальної і достовірної інформації про наміри щодо здійснення зовнішньоекономічних операцій, створення умов для прискорення процедур митного контролю та митного оформлення, поліпшення соціального та інформаційного обслуговування населення, удосконалення інформаційної інфраструктури Держмитслужби. Функціонування «Електронної митниці» передбачає автоматизацію процесів митного оформлення, митного контролю, адміністрування митних платежів та статистичної інформації в рамках реалізації митної політики в Україні і ін. Скористатись системою «Електронна митниця» можуть підприємства, які виконують ряд вимог поставлених в митному законодавстві.

Вважаємо, що запровадження «Електронної митниці» повинно супроводжуватись впровадженням системи «Єдиного вікна» (англ. *Single window/One stop shop*) для уніфікації процедур між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності (суб'єкти ЗЕД) і митним органами, а також різними державними органами, діяльність яких спрямована на охорону економічних інтересів держави.

Поняття «Єдиного вікна» розроблено Центром сприяння торгівлі та електронному середовищу в бізнесі Організації Об'єднаних Націй (UN/CEFACT). Для покращення ефективного обміну інформацією між бізнесом та урядом і запровадження концепції «Єдиного вікна» в різних країнах світу, UN/CEFACT в 2005 році затверджено «Рекомендації та керівні вказівки щодо запровадження «Єдиного вікна»».

В рекомендаціях UN/CEFACT містяться основні пропозиції для формування системи «Єдиного вікна» в різних державах, а також пропозиції щодо передумов запровадження такої системи. На підставі опрацьованих даних щодо практичних аспектів реалізації системи в державах де функціонує «Єдине вікно», Центром представлено і рекомендовано три основні моделі «Єдиного вікна», зокрема:

1) «Єдиного державного органу» який отримує інформацію, або в паперовому, або ж електронному вигляді та скеровує її до інших відповідних державних органів, і координує контроль з метою запобігання затримок в логістичному ланцюгу потоку інформації. Для прикладу в Швеції в рамках «Єдиного вікна» передбачається, що митна адміністрація здійснює окремі завдання від імені інших державних органів, передусім Національної митної адміністрації (щодо справляння ПДВ), Статистики Швеції (статистика торгівлі) і національного Міністерства Торгівлі (ліцензування імпорту)

© Мостовий А., 2011

2) «Єдиного автоматизованого центру збору і розповсюдження інформації», (державний, або приватний), який поєднує електронну форму збору, використання та розповсюдження інформації, щодо зовнішньоекономічної діяльності. Для прикладу у Сполучених Штатах створено систему завдяки якій суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності подають встановлену законодавством інформацію лише раз, а електрона система перетворюючи дані, розповсюджує інформацію до всіх необхідних органів. В рамках такої системи можливі варіанти, зокрема інтегрована система, де всі відповідні органи об'єднані в одну електронну систему, або ж органи отримують інформацію від однієї автоматизованої система (дезинтегрована)

3) «Автоматизована система інформації трансакцій», завдяки якій декларанти подають окремі електронні документи до відповідних державних органів і отримують від таких органів інформацію теж в електронній формі. Такий вид системи використовується в Сінгапурі і в Республіці Маврикія. При цьому, в Сінгапурі обчислення суми митних платежів і перерахування коштів з рахунків декларантів відбувається автоматично.

9 жовтня 2010 року Колегія митної служби України схвалила Концепцію реформування діяльності митної служби України «Обличчям до людей». Основними позиціями Концепції є наближення митних процедур до європейських норм та правил, суттєве спрощення і зменшення їх обсягу; прискорення проходження митного оформлення товарів; істотне зменшення людського фактору і сувора відповідальність посадових осіб митних органів за порушення встановлених нормативів.

Основним моментом в рамках реалізації концепції «Обличчям до людей» повинно стати запровадження системи «Єдиного вікна. Вибір з існуючих та перевірених часом видів функціонування систем «Єдиного вікна» у світі дозволить Україні створити власну, яка б найкраще відповідала умовам та реаліям вітчизняного митного регулювання та здійснення зовнішньоекономічної діяльності.

Використання «Єдиного вікна» в рамках митної справи дозволить створити сприятливі умови для:

- ✓ покращення доступу до інформації та її використання;
- ✓ покращення та прискорення обміну інформації між декларантами і державними органами;
- ✓ гармонізації інформації наявної в різних державних органах;
- ✓ зменшення фінансових витрат на адміністрування митних платежів, як зі сторони державних органів, так і зі сторони суб'єктів ЗЕД;
- ✓ кращої координації діяльності державних органів, що приймають участь в координації товарообороту як при переміщенні товарів через митний кордон, так і на митній території України;
- ✓ подання документів без обмеження годинами роботи митних органів;
- ✓ обміну інформацією між різними державними органами, а також декларантами;
- ✓ прозорості діяльності митних органів в Україні.

ДО ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИМУСУ

Ткач Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За останні роки розвитку адміністративного права в поглядах на його сутність та значення відбулись суттєві зміни. Найперше, вони обумовлені новим ставленням до місця і ролі держави в громадянському суспільстві, проголошенням її головним обов'язком утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Власне Конституція України вимагає переходу від ідеології панування держави над людиною до нової ідеології – служіння держави інтересам людини.

З огляду на це концептуально переглянуті традиційні підходи до майже всіх інститутів адміністративного права, дослідженню яких вітчизняними науковцями приділяється значна увага. Однак дещо обділеним увагою дослідників залишаються важливі питання сутності адміністративного примусу та його місця в сучасному адміністративному праві України. Доктрина адміністративного примусу залишається радянською і через це не цілком вписується в сучасну ідеологію адміністративного права. Незаперечним є те, що значення цього поняття і визначення форм його прояву є досить важливим, зокрема з огляду гарантування органам публічної адміністрації права щодо застосування адміністративного примусу, що нерозривно пов'язано з втручанням у сферу прав та свобод людини і громадянина.

В європейських країнах адміністративний примус не належить до загальних понять права. Це витвір позитивного права. В науці німецького адміністративного права існує думка, що адміністративний примус не можна обґрунтувати логічно, його можна тлумачити лише історично. Історія адміністративного примусу пов'язана з історією правової держави. Ця інституція бере свій початок з римського права.

Примус застосовувався в Римській імперії, при рабовласницькому ладі. Він був знаряддям необмеженої влади службовців що до рабів. Стосовно римських громадян допускалось застосування таких примусових заходів як виклик (vocatio), арешт (prentio); ув'язнення (obductio in carcerem), штраф (multa). Ці заходи охоплювались поняттям coercitio, що відповідає сучасному розумінню адміністративного примусу, на відміну від indicatio, що означає судовий примус. Обидві ці форми випливали із імперської сутності джерела влади і право їх застосовувати належало римським службовцям.

Витоки адміністративного примусу тісно пов'язані з розмежуванням судочинства та адміністрації. В кожній країні цей процес характеризувався особливостями, однак в результаті виявились дві класичні форми прояву адміністративного примусу: стягнення і екзекуція. Однак, не у всіх державах адміністрація наділена правом застосовувати примус.

В польському праві адміністративний примус в різні роки трактувався по-різному. В 60-ті роки його розглядали як право державної адміністрації для реалізації своїх рішень застосовувати власні засоби, а значить без участі інших органів, що не належали до системи адміністрації. У 80-х роках адміністративний примус трактували, як форму державного примусу, яка застосовується під час адміністративного провадження (адміністративна екзекуція) з метою виконання адміністративних постанов і розпоряджень.

Наприклад, якщо особа, на яку нормами об'єктивного права або виданого адміністративного акта покладено виконання певного обов'язку, його не виконує, виникають адміністративно-правові відносини, пов'язані із застосуванням адміністративного примусу (екзекуційні правовідносини). Публічна адміністрація повинна довести до фактичного виконання особою адміністративних правових обов'язків в позасудовому порядку. Застосування примусу відбувається виключно в межах адміністративного права.

Окрім адміністративного провадження (екзекуції) формою примусу є стягнення (кара). На відміну від екзекуції, яка безпосередньо спрямована на примусове виконання адміністративного обов'язку, стягнення спрямовано на досягнення цієї мети опосередковано. Адміністративні стягнення – це санкції, які застосовуються в адміністративно-правових відносинах; а

© Ткач Г., 2011

саме: адміністративний штраф, дисциплінарне стягнення (застосовується при порушенні правопорядку), дисциплінарне стягнення, яке застосовується до службовців адміністрації і служить засобом примусового виконання адміністративних обов'язків (наприклад, застосовується до пожежників).

В сучасному вітчизняному адміністративному праві адміністративний примус розглядається як різновид державного примусу, як невід'ємна складова здійснення державної влади, зокрема як її метод, а також як діяльність уповноважених державних органів(виконавчої влади і судів), а при делегуванні відповідних повноважень і громадських об'єднань щодо офіційного застосування по відношенню до фізичних, юридичних осіб, незалежно від їх волі та бажання, заходів у вигляді моральних, особистих, майнових, організаційних обмежень прав, свобод, законних інтересів задля профілактики, припинення протиправних діянь, притягнення винних осіб до відповідальності, попередження і ліквідації надзвичайних обставин. (Т.Коломієць).З такого широкого тлумачення адміністративного примусу випливає, що він застосовується з метою охорони правопорядку, власності, прав та інтересів громадян і організацій, створення нормальних умов для діяльності апарату і публічної влади. Примус виражається в застосуванні заходів адміністративного попередження, заходів адміністративного припинення та адміністративних стягнень. Вважається також, що заходи адміністративного примусу застосовуються і у випадках, коли загроза суспільним відносинам виникає об'єктивно, тобто внаслідок стихійних лих, епідемій, тобто при відсутності протиправної поведінки. Це, так звані адміністративно-попереджувальні заходи, пов'язані з винятковими обставинами.

Застосування заходів адміністративного припинення та адміністративних стягнень пов'язано з протиправною поведінкою, із вчиненням адміністративного правопорушення. Воно базується на основі юридичних норм для своєрідного забезпечення дотримання державновладних приписів. Стосовно заходів адміністративного попередження слушно зазначав свого часу Д.Н. Бахрах, який вважав, що примус застосовується у зв'язку з неправомірним шкідливим для суспільства діянням як реакція на шкідливу поведінку. Його застосування обумовлено конфліктом між державною волею, вираженою в нормі, і індивідуальною волею осіб, які її порушують. Якщо нема неправомірних дій – нема і примусових акцій. Це і є межа примусу. Ця позиція вченого суттєво відрізнялась від позиції більшості вчених, які вважали, що заходи адміністративного примусу можуть застосовуватись з метою, як було сказано вище, запобігання адміністративним правопорушенням та їх можливим наслідкам. Тобто, примус може застосовуватись і при відсутності протиправної поведінки, наприклад, при введенні карантину, при перевірці документів. Такий погляд на адміністративний примус, як випливає з визначення Т.Коломієць, і надалі домінує в сучасному українському адміністративному праві.

Для прикладу, О.А. Троянський також вважає, що адміністративно-запобіжні заходи мають чітку профілактичну спрямованість, орієнтовані на захист інтересів громадської безпеки, на недопущення вчинення правопорушень. Вчений стверджує, що адміністративно-запобіжні заходи передбачають у встановлених законом випадках застосування обмежень до громадян та організацій і в цьому виявляється їх примусовий характер. Виникає запитання, в чому виражається примус, коли особа проходить обов'язковий особистий огляд та огляд багажу при посадці в літак чи митний огляд? Швидше вона виконує встановлений нормою права обов'язок. Аналогічна ситуація має місце при перевірці документів уповноваженою на те особою. Тому важко погодитись з твердженням, що примусовий порядок адміністративно-запобіжних заходів полягає в реалізації владних і односторонніх дій з боку компетентних суб'єктів, які не погоджуються з об'єктами управлінської дії, але останні зобов'язані виконати приписи уповноваженої особи, вчинити необхідні дії. А якщо особа добровільно виконує вимоги і її внутрішня непогодженість не виражається в протиправній поведінці, то де тут примус? Виходячи з принципу верховенства права, функцією держави є покарання за злочини (правопорушення), а не запобігання їм шляхом обмеження прав громадян.

Варто зазначити, що в деяких публікаціях молодих вчених висловлювалась цілком інша концепція адміністративного примусу. Так О.Банчук вважає, що таке широке розуміння адміністративного примусу не знайшло свого відображення в правовій доктрині жодної європейської держави. На його думку нинішній розподіл примусових заходів на попереджуючі і припиняючи має за основу мету їх застосування і не здатен надалі виступати орієнтиром для

майбутнього правового регулювання адміністративної процедури. Він пропонує розвивати інститут адміністративного примусу в таких напрямках:

1) відмови від широкого розуміння адміністративного примусу як системи, складовими якої є запобігання, припинення та відповідальність;

2) звуження змісту адміністративного примусу лише до процедури примусового виконання адміністративних актів;

3) визнання нинішніх заходів адміністративного примусу (окрім відповідальності) різновидами дій адміністративних органів, які можуть застосовуватись під час втручальних проваджень;

4) розгляду інституту відповідальності за адміністративні проступки окремо від інших втручальних заходів.

Висловлена вченим пропозиція заслуговує на увагу. Розвиток адміністративного примусу в таких напрямках сприятиме гармонізації всіх інститутів адміністративного права, приведенню їх у відповідність з європейськими стандартами. Однак, відсутність необхідного правового регулювання, а саме Адміністративно-процедурного Кодексу та концептуально нового Кодексу про адміністративні правопорушення може суттєво сповільнити цей процес.

СУБ'ЄКТИ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО СПОРУ

Хлібороб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження питання суб'єктів публічно-правового спору є надзвичайно актуальним з огляду на необхідність теоретико-правового осмислення цілої низки термінологічних новел, які ввійшли у науковий оббіг з введенням в дію Кодексу адміністративного судочинства України.

Проблематика суб'єктів публічно-правового спору на даний момент, все частіше стає предметом наукових досліджень. Вчені активно висвітлюють окремі аспекти правової природи суб'єктів публічно-правового спору у своїх працях. Так, важливими у цьому контексті є праці В.Б. Авер'янова, О.А Банчука, В.М. Бевзенка, Р.О. Куйбіди, О.М Пасенюка, Ю.С. Педька, Г.Й. Ткач., А.М. Школик. Проте, необхідно відзначити, що робота над розробкою матеріально-правових основ адміністративного судочинства в Україні повинна тривати і надалі, з огляду на постійну динаміку суспільних відносин, а також на численну кількість спроб нормативно-правового врегулювання проблем, які виникають у практиці адміністративного судочинства, часом не зовсім вдалих.

У дослідженях правового статусу суб'єктів публічно-правового спору значна увага приділяється, найчастіше, саме органу публічної адміністрації. В певній мірі, це виправдано. Адже органи публічної адміністрації володіють специфічним правовим статусом у публічно-правових відносинах, що спричиняє значну кількість запитань на практиці, відповіді на які невтомно шукають науковці. Але, з'ясовуючи сутність та особливості правового статусу органів публічної адміністрації, не слід забувати про, не менш важливого (вірніше сказати – найважливішого) суб'єкта цих відносин – фізичну, юридичну особу.

Особливості правового статусу органу публічної адміністрації, як суб'єкта публічно-правового спору, зумовлена тим, що він, у правовідносинах, з яких виникає спір, уповноважений вирішувати питання про права, свободи та інтереси фізичних, юридичних осіб, які також є суб'єктами цих відносин. У цьому контексті надзвичайно цікавою є позиція Е. Шмідта-Ассмана, який у монографічному досліджені «Загальне адміністративне право як ідея врегулювання», заперечуючи ідею рівнопорядковості держави та громадянина, зазначає, що відносини між громадянами та державою асиметричні. Громадянин діє в межах встановлених правом свобод. Публічні органи діють у межах компетенцій, наданих правом. Без монополії влади та правотворчих повноважень, зазначає автор, не можливо виконувати завдання, які поставлені перед державою. Але свої завдання держава спроможна виконати лише на основі нормативно закріплених компетенцій і точно структурованих процедур.

Таким чином, суб'єкти у публічно-правових відносинах є формально нерівними. На таку особливість публічно-правових відносин звертають увагу більшість дослідників. Нерівноправність суб'єктів, згідно з їх позицій, означає, що одна сторона знаходиться в підпорядкуванні або підлеглості іншій, при цьому така підлеглість не носить характеру трудових або службових правовідносин, а носить характер підвладного підпорядкування. На нашу думку, у подальших наукових розвідках, необхідно відмовлятись від підпорядкування (підлеглості) як ознаки публічно-правових відносин та характеристики правового статусу суб'єктів у цих відносинах. Адже в ідеалі, органи публічної адміністрації покликані служити правам, свободам та законним інтересам громадян. Це дає підстави говорити про те, що швидше органи публічної влади мають бути підпорядковані людині, людям. Тому на даному етапі, основним завданням для науки є пошук нового, такого, що відповідає концепції служіння публічної адміністрації інтересам людини, розуміння взаємовідносин на рівні «орган публічної адміністрації – фізична, юридична особа», та його втілення на рівні правотворчості та правозастосування.

Часто, у науковій літературі можна зустріти тезу про те, що з моменту виникнення публічно-правого спору, його суб'єкти стають рівними та набувають однакових можливостей

© Хлібороб Н., 2011

щодо до вирішення спору та захисту свого права. Однак таке твердження є не зовсім коректним. Більш доцільно, у цьому випадку, говорити про рівні процесуальні права та обов'язки, якщо сторони вирішують публічно-правовий спір у порядку адміністративного судочинства.

Особливість правового статусу суб'єктів у публічно-правових відносинах, на нашу думку, зумовлює необхідність ґрунтовного дослідження, прав та обов'язків суб'єктів у випадку виникнення між ними правового спору. Також, це питання є цікавим з огляду на, встановлену законом можливість органу публічної адміністрації звертатись до адміністративного суду з позовом до фізичних, юридичних осіб. Крім того, як свідчить практика, таких справ у адміністративних судах є чимала кількість, яка має тенденцію до зростання. Власне, така ситуація зумовлює певні занепокоєння з приводу якості виконання адміністративним судочинством поставлених перед ним завдань.

Таким чином, при визначені правового статусу фізичних та юридичних осіб у публічно-правових відносинах та спорах, які виникають із цих відносин, слід керуватись принципом пріотритету прав людини. Е. Шмідт – Ассманн з цього приводу зазначає: «Конституційна гарантія гідності людини стала водночас найвищим позитивним джерелом права для відносин між державою та людиною: держава існує не задля себе самої, її створили люди для того, щоб вони могли жити гідно й упевнено».

Звертаючись до проблеми правового статусу органа публічної адміністрації, як субєкта публічно-правового спору необхідно звернути увагу на таке. Для позначення специфічного правового статусу органу публічної адміністрації як суб'єкта публічно-правового спору законодавець використовує термін «суб'єкт владних повноважень». Відповідно до п. 7 ч.1 ст. 3 КАС України суб'єкт владних повноважень - орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. Поняття суб'єкта владних повноважень стало однією із численних новел КАС України. Визначальною характеристикою суб'єкта владних повноважень стало здійснення ним, у відносинах з яких виник спір, владних управлінських функцій.

Проте, як засвідчила практика, визначення поняття суб'єкта владних повноважень через здійснення ним владних управлінських функцій не тільки не сприяє однорідній судовій практиці, а й викликає чимало теоретичних дискусій з цього приводу. Таким чином, поняття владних управлінських функцій потребує також грунтовного теоретико-правового переосмислення, яке може грунтуватись на оновленні змісту цієї категорії відповідно до потреб практики.

Підсумовуючи, варто відзначити, що сьогодні перед науковцями та практиками, які працюють у сфері аміністративного судочинтва стоїть ряд непростих завдань, від реалізації яких залежить подальша успішна або сумнівна доля всього адміністративного судочинтва. Так, одним із найважливіших завдань є переосмислення сутності відносин на рівні «орган публічної адміністрації – фізична, юридична особа», оновлення та наповнення змісту цих відносин, відповідно до концепцій служіння держави людині. На цій основі мають бути теоретично обгрунтовані та втілені у практику нові стандарти цих відносин, що безумовно вплине на правовий статус субєктів цих відносин та забезпечить ефективність захисту прав, свобод, та законних інтересів фізичних і юридичних осіб у публічно-правовихвідносинах.

ВИДИ ДЖЕРЕЛ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Школик А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблематика джерел адміністративного права, на перший погляд, видається достатньо опрацьованою у вітчизняній адміністративно-правовій літературі. Свого часу представником харківської юридичної школи Константієм О.В. була захищена достатньо якісна на свій час кандидатська дисертація на цю тематику. В академічному курсі за редакцією професора Авер‘янова В.Б. «Адміністративне право України» джерелам адміністративного права присвячено окрему розлогу главу. Однак розкриття в цьому курсі питання класифікації зазначених джерел передбачає лише розподіл на нормативно-правові акти (з наступним їх поділом за критерієм суб‘єкта нормотворення) та міжнародні договори (угоди). Таке висвітлення є характерним і для інших підручників та посібників з адміністративного права, при тому здебільшого у скороченішому вигляді.

З іншого боку, далеко не усі нормативно-правові акти, які виступають основною групою джерел адміністративного права мають однакове спрямування. Частина з них безпосередньо визначає права та обов‘язки фізичних та юридичних осіб, тобто, носить зовнішню дію. Наприклад, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України Правила дорожнього руху повинні щоденно виконувати мільйони громадян. Інша ж частина нормативно-правових актів врегульовують відносини виключно в межах системи органів публічної адміністрації і мають лише опосередковане значення для фізичних та юридичних осіб. Зокрема, акт прийнятий у тій же юридичній формі і того ж суб‘єкта нормотворення - Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про проведення атестації державних службовців» врегульовує лише внутрішньоорганізаційні відносини.

На нашу думку, нормативно-правові акти органів публічної адміністрації зовнішнього та внутрішнього спрямування треба чітко розмежовувати. Адже у демократичній державі процедура прийняття нормативних актів публічної адміністрації зовнішнього спрямування повинна наближатись до процедури прийняття законів і передбачати, зокрема, участь громадськості у процесі нормотворення. Аналогічні норми навряд чи є доцільними для внутрішньоорганізаційних відносин в межах системи публічної адміністрації, де передусім повинні враховуватись критерії ефективності та оперативності. На жаль, до цього часу в Україні не прийнято базового закону «Про нормативно-правові акти», який міг би врегульовувати поділ актів на акти зовнішнього та внутрішнього спрямування (дії). Як ми бачимо з попередніх прикладів, нормативні акти того ж суб‘єкта нормотворення, прийняті у такій самій юридичній формі, можуть належати до обох зазначених підгруп.

Особливо важливу роль такого поділу джерел адміністративного права підтверджує і зарубіжний досвід. Зокрема, у Польській Республіці цей розподіл випливає безпосередньо із норм Конституції, у статтях 87 та 93 якої визначаються джерела загальнообов‘язкового права та акти, що мають внутрішній характер і зобов‘язують тільки суб‘єктів, організаційно підлеглих суб‘єктові, що видав відповідний акт. Регулювання цього питання нормами Конституції обгрунтовується важливістю для громадян усіх нормативних актів загальнообов‘язкового характеру: як законів, так і актів центральних та місцевих органів публічної адміністрації. Виходячи з цього міркування чітко відокремлюються загальнообов‘язкові джерела права зовнішньої дії та джерела, що є застосовуються виключно в межах системи органів публічної адміністрації та щодо підпорядкованих суб‘єктів.

Таким чином, висвітлений вище поділ джерел адміністративного права на зовнішні та внутрішні є надзвичайно важливим як для доктрини адміністративного права, так і норм позитивного права. Однак, як ми бачимо, недостатнє розкриття цього поділу у вітчизняній адміністративно-правовій літературі корелює із невпорядкованістю чинних правових приписів у цій сфері. До речі у проекті закону України «Про нормативно-правові акти», який очікується юридичною громадськістю більше десяти років, у всіх редакціях законопроекту включно із

© Школик А., 2011

останніми пропозиціями Президента від 13 квітня 2010 року відсутнє розмежування підзаконних нормативно-правових актів на заагальнообов‘язкові акти зовнішньої дії та внутрішні акти, що застосовуються в межах системи органів публічної влади. Хоча й варто зауважити, що з поданих у статті 1 законопроекту визначень термінів випливає належність окремих видів нормативно-правових актів виключно до другої групи внутрішніх актів:

- ✓ «регламент – акт органу державної влади, органу місцевого самоврядування, що визначає порядок і процедуру діяльності відповідного органу та його структурних підрозділів;
- ✓ статут, положення – акт, що визначає статус, обсяг повноважень органів виконавчої влади, інших органів державної влади і органів місцевого самоврядування».

Відповідно, інші підвиди нормативно-правових актів можуть містити приписи як зовнішньої, так і внутрішньої дії.

Повертаючись до задекларованої теми видів джерел адміністративного права, зазначимо, що така класифікація не є єдиною, що повинна використовуватись. Крім неї, доцільно акцентувати на поділі цих джерел:

- ✓ за територією дії - на загальнодержавні (чинні на усій території України) та локальні чи місцеві (діють на території визначених адміністративно-територіальних одиниць);
- ✓ за суб‘єктом нормотворення – укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, рішення місцевих рад і т.д.

Відзначимо, що останні класифікації є достатньо поширеними у вітчизняній теорії права, в тому числі адміністративного, більше того – доцільними для повного уявлення про систему джерел адміністративного права. Проте недостатнє місце як у адміністративно-правовій доктрині, так і в чинному законодавстві поділу джерел на зовнішні та внутрішні навряд чи можна виправдати. Адже закріплення такого поділу у відповідному нормативному акті дозволить впорядкувати систему правових джерел, і, що важливіше – спростити для усіх суб‘єктів правозастосування загальну орієнтацію у величезній їх кількості та пошук потрібного нормативно-правового акта. Хоча й треба визнати, що така новація спрямована, передусім у майбутнє, тобто, на нові правові джерела. Зміна форми усіх чинних до цього часу нормативно-правових актів видається надто складним завданням для вітчизняних суб‘єктів нормотворення.

ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРОФЕСІЙНУ ЕТИКУ ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ

Янюк В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Впродовж дванадцяти років Transparency International проводить дослідження сприйняття корупції населенням у різних країнах світу. У 2006 році в Україні такий індекс становив 2,8 бали, що відповідала 99 місцю серед 163 країн світу. У 2007 р. індекс становив 2,7 балів і Україна перемістилася на 118 місце. У 2009 р. – 2,2 балів, що є найнижчим балом за останній час. Щоправда, у 2010 р. ця позначка піднялась до 2,4. Однак цей показник не є втішним для України, так як прийнято вважати, що індекс сприйняття корупції, який менший ніж 3 бали – є «ганьбою для нації».

Зарубіжний досвід показує, що важливим заходом на шляху протидії корупції на публічній службі і повернення довіри населення до органів влади та врегулювання питань *професійної етики публічної служби*. Наявність *стандартів професійної етики* має дієве значення вже на стадії прийняття особи на публічну службу, так як допомагає зорієнтувати кандидата на пріоритет публічного інтересу у його діяльності. Ще до вступу на посаду кандидат на публічну службу повинен усунути наявний у нього конфлікт інтересів (публічного і приватного), або вжити заходів щодо запобігання можливості його виникнення.

Діяльність публічних службовців базується на загальних моральних і правових принципах справедливості, гуманізму, законності, гласності, неупередженості, незалежності, доброчесності. Етика поведінки публічного службовця формується під впливом вимог, які визначає суспільство на певному рівні свого розвитку. Результатом процесу формування уявлень про вимоги щодо поведінки публічного службовця є вироблення відповідних правил і їх фіксація у правовому акті, переважно це є кодекси професійної етики публічних службовців. Правове врегулювання правил професійної етики поведінки публічних службовців спрямоване на підвищення рівня службової дисципліни і є превентивним заходом подолання корупції. Правова регламентація дві основні цілі: по-перше, забезпечити ефективне виконання завдань служби; по-друге, забезпечити захист населення від корупції.

У законодавстві зарубіжних країн приділяється значна увага саме цим питанням. Наприклад, важливу роль для функціонування цивільної служби в Великій Британії відіграє Кодекс поведінки цивільного службовця, який визначає обов'язки цивільного службовця перед громадянами та органом, який його призначив на посаду. У цьому ж акті серед принципів діяльності цивільного службовця названо пріоритет публічного інтересу, чесність, об'єктивна обґрунтованість та неупередженість. А законодавством про публічну службу Франції передбачено обов'язок службовців «поводитися гідно, щоб не підірвати престиж адміністрації і репутації публічної служб, визначено вимоги». У деяких зарубіжних країнах питання професійної етики публічних службовців закріплені в нормах основного закону про публічну службу. Наприклад, Закон про публічну службу Естонії одночасно містить додаток - Етичний кодекс публічної служби. Кодекс окреслив засади службової поведінки особи, порушення яких, слід розцінювати як підставу для застосування заходів дисциплінарної відповідальності, перелік і спосіб застосування яких передбачено у відповідному розділі цього закону. *(Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / За заг. ред. Тимощука В.П., Школика А.М. – К.: Конус-Ю, 2007.)*

Комітетом міністрів, відповідно до статті 5 Статуту Ради Європи, з урахуванням Резолюції (98) 7 і (99) 5, що уповноважує і відповідно затверджує Угоду про утворення Групи держав проти корупції (GRECO), метою якої є покращення можливостей її учасників у боротьбі з корупцією, було рекомендовано, щоб уряди держав-учасниць, відповідно до національного законодавства та принципів державного управління, прийняли національні кодекси поведінки державних службовців. Додатком до Рекомендацій № R (2000) 10 був *Модельний Кодекс поведінки публічних службовці Ради Європи.* Завданням Кодексу є чітке визначення

© Янюк В., 2011

стандартів честі та поведінки, яких повинні дотримуватись публічні службовці, надання допомоги у дотриманні цих стандартів та інформування громадськості про те, на яку поведінку вона може сподіватись від таких службовців.

В Україні було розроблено і підготовлено проект Закону про правила професійної етики публічної служби та запобігання конфлікту інтересів. Це систематизований нормативно-правовий акт, який мав би слугувати засобом правового регулювання правил професійної етики у сфері публічної служби та визначати шляхи уникнення та припинення конфлікту інтересів. Саме однією з основних цілей цього закону мало стати врегулювання конфлікту інтересів на публічній службі, оскільки на теперішній час вони завдають руйнівної сили принципам публічної служби і підривають довіру до органів публічної адміністрації. Особливий акцент було зроблено на обов'язку публічного службовця дотримуватися вимог закону як під час виконання службових повноважень, так і у позаслужбовий час. Також у проекті були зазначені окремі обмеження, що поширюються на особу і після припинення нею публічної служби. Такий вид обмежень відомий інститутам публічної багатьох зарубіжних країн (наприклад, Німеччина, Польща, Естонія, Болгарія та ін.), відмінними є лише строки дії таких обмежень. Однак, проект Закону України «Про правила професійної етики публічної служби та запобігання конфлікту інтересів» з весни 2009 року залишається законопроектом №4420-1.

Окремі питання щодо врегулювання конфлікту інтересів мав би врегулювати Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції», прийнятий 11 червня 2009 р. Але вже двічі відбувалося відтермінування набрання ним чинності. Згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції» від 10 березня 2010 р. датою набрання чинності названо 1 січня 2011р.

У Законі «Про засади запобігання та протидії корупції» є низка положень, які потребують додаткового уточнення та приведення у відповідність з нормами Конституції та окремими законами. На деяких проблемних моментах слід зупинитись.

1. Законодавець часто послуговується такими поняттями як: «уповноважені на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування», «особи, які для цілей Закону прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування», «посадові особи» і «службові особи». Однак сьогодні категоріальний зміст цих понять у законодавстві залишається не достатньо визначеним, аби їх використовувати без уточнення саме у цьому Законі.

2. Законом без належного обґрунтування розширено перелік суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення, зокрема до них зараховано і тих осіб, які *лише тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків в юридичних особах*. Але відсутня конкретизація, про які види юридичних осіб іде мова. За цивільним законодавством за порядком створення передбачено поділ на юридичні особи публічного права і приватного права (ст.81 Цивільного кодексу України).

3. Потребує серйозного уточнення положення пункту третього ст. 2 Закону «Про засади запобігання та протидії корупції», в якому «фізичних осіб – підприємців» названо суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення. Але згідно із пунктом другим частини першої ст. 4 Закону серед обмежень, спрямованих на запобігання та протидію корупції, передбачено «*заборону займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю»*.

4. Некоректним видається використання у Законі «Про засади запобігання та протидії корупції» поняття *«близькі особи».* Конституція України (ст..ст. 17, 32, 48, 51, 63, 126) і чинне законодавство виходять з наявності між особами родинних стосунків, зокрема основний акцент робиться на сімейних зв'язках. На противагу цьому у проекті Закону «Про правила професійної етики на публічній службі та запобігання конфлікту інтересів» №4420-1 було запропоновано поняття «близькі родичі», до яких віднесено чоловіка/дружину, батьків, дітей, рідних братів, сестер публічного службовця та їх подружжя. Такий варіант відповідав би положенням Конституції України та Сімейного кодексу. Зарубіжний досвід показує, що при врегулюванні обмежень на публічній службі законодавець виходить лише із наявності між особами *родинних зв'язків або стосунків, які виникли на підставі шлюбу.*

5. Положення ст. 9 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» вказує, що здійснюється спеціальна перевірка щодо осіб, які претендують на зайняття посад,

пов’язаних з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування виходить за межі ст. 2 цього ж Закону. Необґрунтованим видається розширення кола суб'єктів які мають здійснювати таку перевірку – *«в разі потреби – інші центральні органи виконавчої влади»* (частина третя ст.9 Закону). Не можна давати простору для дій на «власний розсуд» при встановленні обмежень на публічній службі.

Загалом, існує гостра потреба у законодавчому закріпленні механізму запобігання та протидії корупції, однак прийнятий Закон містить деякі положення, які без внесення змін будуть суперечити Конституції України та породять нові колізії у законодавстві.

Доопрацювання Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» відбувається в комітетах Верховної Ради України, тому не має достатньої інформації щодо роботи по усуненню тих колізій і неточностей, які містить названий Закон. Разом з тим, прийняття цього Закону вимагатиме внесення змін у декілька десятків правових актів різної юридичної сили у сфері публічної служби. Однак, навіть набуття чинності цим Законом не вирішить проблеми врегулювання питань професійної етики публічної служби. Залишається на часі повернення до розгляду Законопроекту №4420-1 «Про правила професійної етики публічної служби та запобігання конфлікту інтересів».

Підсумовуючи, тільки комплексний підхід у врегулюванні цієї ситуації може сприяти досягненню загальної цілі – формування професійної етики публічних службовців, забезпечення публічного інтересу у процесі надання адміністративних послуг громадянам, а відтак – поверне довіру до органів публічної влади і підвищення авторитет публічної служби.

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВІДМОВИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВОНАСТУПНИКА НА БОЦІ ПОЗИВАЧА ВІД ВСТУПУ В ЦИВІЛЬНУ СПРАВУ

Воробель У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З прийняттям Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК України) законодавець значно розширив прояв принципу диспозитивності в цивільному процесуальному праві. Зокрема, в ЦПК України була введена стаття, яка розкриває зміст принципу диспозитивності (ст. 11 ЦПК України), були введені нові інститути, які розширюють розпорядчі права сторін (відкликання позовної заяви та подання заяви про залишення справи без розгляду та ін.), та, на жаль, не усі інститути цивільного процесуального права враховують вимоги принципу диспозитивності.

Останнім часом науковцями все частіше звертається увага на недосконаліть та неповноту законодавчого регулювання інституту процесуального правонаступництва, зокрема, і не врахування елементів принципу диспозитивності.

У науковій літературі, зокрема С. С. Бичкова, процесуальне правонаступництво визначають як заміну сторони або третьої особи (правопопередника) іншою особою (правонаступником) у зв'язку із вибуттям із процесу суб'єкта спірного або встановленого рішенням суду правовідношення, за якої до правонаступника переходять усі процесуальні права та обов'язки правопопередника і він продовжує в цивільному судочинстві участь останнього.

Згідно з ч. 1 ст. 37 ЦПК України у разі смерті фізичної особи, припинення юридичної особи, заміни кредитора чи божника у зобов'язанні, а також в інших випадках заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір, суд залучає до участі у справі правонаступника відповідної сторони або третьої особи.

Відповідно до норм цивільного процесуального законодавства процесуальне правонаступництво допускається на будь-якій стадії цивільного судочинства як у справах позовного, так і окремого провадження, але лише у тому випадку, коли матеріальні правовідносини, на підставі яких виникла справа, допускають перехід прав та обов'язків від однієї особи до іншої.

Проте С. С. Бичкова звертає увагу на те, що хоча в ч. 1 ст. 37 ЦПК України і зазначено, що суд *залучає* до участі у справі правонаступника», проте примушування до вступу в справу правонаступника позивача або третьої особи суперечить принципу диспозитивності. Саме тому, на думку науковця, заміна позивача або третьої особи правонаступником має відбуватися тільки за наявності згоди останнього на таку заміну і на вступ у цивільний процес. Заміна ж відповідача, який вибув із процесу, правонаступником відбувається незалежно від згоди останнього.

Отже, у випадку наявності підстав для процесуального правонаступництва (смерті фізичної особи, оголошення її померлою, злиття, приєднання, поділу або перетворення юридичної особи, заміни кредитора чи боржника у зобов'язанні тощо) суд зобов'язаний зупинити провадження у справі та залучити правонаступника відповідної сторони або третьої особи (ч. 1 ст. 37 та п. 1 ч. 1 ст. 203 ЦПК України).

У такому випадку логічно постає питання: які ж правові наслідки відмови особи вступати у справу правонаступником на боці позивача? А якщо особа, яка замінила правопопередника у матеріальних правовідносинах у силу певних об'єктивних чи суб'єктивних причин не бажатиме брати участь в справі, не бажатиме, щоб її залучали як правонаступника на боці позивача чи третьої особи? На жаль, науковець на це питання не дає відповіді.

На практиці суди відмову особи вступати у справу як процесуального правонаступника у більшості випадків прирівнюють до тих правовідносин, які не допускають правонаступництво і закривають провадження у справі, застосовуючи п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України.

© Воробель У., 2011

Так, наприклад, ухвалою від 13.05.2010 року провадження у справі за позовом гр. М до Черкаської філії відкритого акціонерного товариства «Укргазбанк» про дострокове розірвання договору депозитного внеску було зупинено, у зв'язку із смертю позивача. Шляхом подачі заяви дружина померлого гр. О прийняла спадщину, тому ухвалою від 21.05.2010 р. провадження по вищевказаній справі було відновлено. Проте гр. О відмовилась брати участь у справі і вступати як правонаступник, тому суд, керуючись п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України, постановив ухвалу про закриття провадження у справі.

Проте така судова практика видається не вірною. Адже, як відомо, перелік підстав закриття провадження у справі є вичерпним та розширеному тлумаченню не підлягає. Законодавець чітко вказує, що п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України має застосовуватись судом лише у тому випадку, коли померла фізична особа, яка була однією із сторін у справі, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. А тому видається, що застосовуючи п. 6 ч. 1 ст. 205 ЦПК України до тих випадків, коли матеріальні правовідносини допускають правонаступництво, але правонаступник матеріальних прав та обов'язків не бажає вступати у справу, суд розширено тлумачить цю підставу інституту закриття провадження у справі, що, очевидно, є недопустимим.

У науковій літературі була висловлена думка, що у тому випадку, коли особа, яка прийняла на себе права та обов'язки в майнових відносинах, не бажає брати участі у справі на правах позивача, суд, керуючись п. 9 ч. 1 ст. 207 ЦПК України, може залишити заяву без розгляду. Проте, таке твердження видається необґрунтованим, адже ч. 9 п. 1 ст. 207 ЦПК України врегульовує ситуацію, за якої позивач до закінчення розгляду справи покинув судове засідання і не подав до суду заяви про розгляд справи за його відсутності, тобто проявив зловживання своїми процесуальними правами. А небажання особи вступати у цивільну справу як правонаступника позивача не можна розцінювати як зловживання ним своїми процесуальними правами. Окрім цього, щоб суддя зміг застосувати ч. 9 п. 1 ст. 207 ЦПК України особа хоча б має з'явитись в судове засідання, матеріальний же правонаступник може лише подати письмову заяву про відмову вступити у справу як правонаступник і не з'являтись в судові засідання.

В. В. Навроцька, під час дослідження інституту процесуального правонаступництва при розгляді цивільного позову у кримінальній справі дійшла до висновку, що у разі відсутності згоди правонаступника матеріальних прав та обов'язків на заміну і на вступ в процес як процесуального правонаступника на боці позивача, слід провадження з цивільного позову в кримінальній справі закрити.

Проте видається, що у випадку відмови процесуального правонаступника на вступ у процес застосування таких правових наслідків у цивільній справі є недопустимим з наступних міркувань. На нашу думку, не можна ототожнювати відмову матеріального правонаступника від вступу у цивільну справу із відмовою позивача від позову, адже така особа відмовляється лише брати участь у цьому цивільному процесі, вона відмовляється вступати саме в цю конкретну справу, а не взагалі від судового захисту матеріально-правової вимоги до відповідача. Тому відмова від вступу в справу як процесуального правонаступника на боці позивача у цивільній справі за своєю природою ближча до інституту відкликання позовної заяви (подання заяви про залишення позову без розгляду), а ніж до інституту відмови від позову, а тому вважаємо, що у цьому випадку суд має залишати заяву без розгляду.

Слід окремо звернути увагу і ще на один момент. Так, науковці зазначають, що згоду на заміну та вступ у справу як процесуального правонаступника має давати не лише позивач, але й третя особа. Але нам видається, що згоду на таку заміну має надавати не просто матеріальний правонаступник третьої особи, а лише правонаступник третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмету спору. Це пояснюється тим, що, по-перше, лише третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмету спору має ті ж права і обов'язки що й позивач (ч. 1 ст. 34 ЦПК України), по-друге, правовими наслідками відмови третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору на стороні позивача (та й, зрештою, і на стороні відповідача), вступити у справу у випадку її залучення за клопотанням сторін (зокрема, відсутність повідомлення від такої особи про згоду на участь у справі) є розгляд справи без її участі (ч. 3 ст. 36 ЦПК України). А тому видається недоцільним, отримувати згоду матеріального правонаступника третьої особи, яка не заявляє самостійні вимоги на предмет спору, на вступ у

справу, оскільки і так у випадку відсутності такої згоди справа продовжуватиметься без участі такої особи.

При правонаступництві може змінитися кількісний склад суб'єктів матеріального правовідношення. Тому одну особу, яка вибула із процесу, може замінити кілька її правонаступників, а, отже, виникне процесуальна співучасть; або, навпаки, кілька осіб-правопопередників можуть бути замінені одним їх правонаступником тощо. Якщо така ситуація матиме місце щодо правонаступників позивача чи третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмету спору, то кожна з таких осіб має самостійно вирішувати питання, чи вступати їй у справу. Рішення, яке прийме щодо цього питання кожний з таких потенційних процесуальних правонаступників (вступати у справу чи ні) жодним чином не має впливати на можливість решти з них реалізувати право на вступ у справу.

Підсумовуючи вищезазначене, вважаємо, що у випадку відмови особи від вступу в цивільну справу як процесуального правонаступника на боці позивача суд має залишати заяву без розгляду. Такі ж правові наслідки мають наступати і у разі відсутності згоди на вступ у цивільну справу матеріального правонаступника третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмету спору.

ФАКТОР ВИНИ В ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ОРГАНАМИ ДІЗНАННЯ ТА ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА

Галушка Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду передбачено ст.1166 ЦК України. Згідно з названою статтею майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також моральна шкода, відшкодовується в повному обсязі особою яка її завдала. Остання звільняється від її відшкодування якщо доведе, що шкода завдана не з її вини.

Вина є однією з умов цивільної відповідальності. ЦК України не дефінує поняття вини, перелічуючи лише випадки цивільноправової відповідальності без вини. За загальним правилом особа, яка доведе відсутність вини, звільняється від цивільноправової відповідальності. В юридичній літературі питанню вини було присвячено чимало досліджень. В більшості випадків поняття вини розглядувалося через розуміння психічного ставлення правоохоронних дій та їх наслідків. Психологічна концепція вини, згідно якої під виною розуміють психічне ставлення особи до її протиправної поведінки та її результату за радянських часів переважала. Зокрема, Г.К.Матвєєв підкреслював, що під виною слід розуміти психічне ставлення порушника цивільного правопорядку у формі умислу або необережності до своїх протиправних дій та їх шкідливих наслідків. Таким чином на передній план висувається суб'єктивний фактор- психічне становлення порушника до протиправного діяння та його наслідків не виокремлюючи форми вини. Водночас Ю.Г. Басін, підкреслював що поняття вини як психічне ставлення порушника до вчиненого у вигляді умислу некритично запозичено з теорії кримінального права.

Іншої позиції притримувався Л.А.Лунц, який вважав, що під виною можна розуміти умисел і необережність.

В цивільному праві питанню вини як підстави виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди приділялась недостатня увага. Здебільшого це були теорії, пов'язані з концепціями вини в кримінальному праві. Останні увагу акцентували переважно на психологічному відношенні правопорушника до своїх дій та їх наслідків.

Специфіка цвільноправових деліктних відносин полягає в тому, що поряд з фізичними особами суб'єктами цивільного права є юридичні особи в т.ч. створені державою. Свого часу О.С. Іоффе зазначив, що жодна інша спеціальна проблема цивільного права не здатна служити критерієм вірності тієї чи іншої теорії юридичної особи як проблема цивільної відповідальності.

У сучасній цивілістичній науці концепція вини залишається дискусійною. Але в основі вчення про вину як підставу виникнення деліктних зобов'язань традиційно залишаються постулати психічного ставлення правопорушника до своїх дій та їх наслідків. Але щораз більше науковців схиляються до об'єктивно-публічного сприйняття вини як підстави виникнення деліктних зобов'язань. Зокрема, А.Л. Ткачук в своєму дисертаційному дослідженні присвяченому значенню вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань пропонує розглядати деліктну відповідальність, як публічно-правову, а договірну як приватно- правову, наполягаючи на тому, що«психологічна концепція вини у рамках якої вина розуміється як психологічне ставлення правопорушника до своєї протиправної поведінки та її наслідків, не відповідає сутності й призначенню договірної відповідальності. Більш адекватною для цілей договірної відповідальності є саме «поведінкова» концепція вини, у рамках якої під виною розуміється невжиття необхідних заходів для належного виконання зобов'язання.

На наш погляд концепція психічного ставлення особи до своїх протиправних діянь та їх наслідків не відображає в сучасних умовах характеристику такого елементу як вина. Зокрема, це стосується випадків деліктної відповідальності без вини як це має місце у разі заподіяння шкоди діями (бездіяльністю), рішеннями правоохоронних органів. У разі завдання шкоди в цьому випадку фактор вини не враховується, якщо шкода відшкодовується державою. Це підкреслюєть-

© Галушка Ю., 2011

ся в дефініції ч.1.ст.1176. ЦК України згідно якої шкода, завдана фізичній особі, внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладання адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовуються державою у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб органів дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури, суду. Як випливає з приведеної дефініції вина безпосередніх заподіювачів шкоди (посадових і службових осіб) як умова відшкодування цивільно-правової шкоди значення не має.

В об'єктивному розумінні вина є. Адже протиправні дії (бездіяльність), рішення посадових (службових) осіб завжди пов'язані з їх винною поведінкою. Однак законодавством не ставиться в залежність, від суб'єктивного фактору (вини) настання обв'язку зазначених осіб чи правоохоронних органів відшкодувати цивільно-правову шкоду. Вважається, що функції дізнання чи досудового слідства здійснюють державні органи. Відповідно за дії (протиправну бездіяльність) чи рішення цих органів, цивільно-правову відповідальність несе держава.

Об'єктивно держава несе відповідальність за дії (бездіяльність) рішення органів дізнання, досудового слідства незалежно від форми вини їх службових(посадових) осіб. Тому можна констатувати, що діє презумпція вини держави як суверена і водночас учасника цивільних правовідносин. Держава несе відповідальність за протиправні діяння органів дізнання та досудового слідства. Щодо останніх не має значення форма їх вини і навіть її наявність. Достатньо протиправної поведінки та її негативних наслідків у вигляді майнової (моральної) шкоди і причинного зв'язку між названими обставинами.

Протиправна поведінка завжди полягає у невиконанні активного обов'язку вчинити певні дії або пасивного обов'язку утриматися від певних дій. Стосовно діяльності органів дізнання та попереднього (досудового) слідства об'єктивованим наслідком є неправомірні дії, бездіяльність за наявності обов'язку вчиняти певні заходи, рішення, що порушують права та охоронювані інтереси фізичних осіб. Перелічені діяння мають об'єктивно винний характер. Тому можна вести мову про вину. Але остання не є необхідною умовою відповідальності за протиправні дії (бездіяльність), рішення органів дізнання і досудового слідства, оскільки суб'єктом відповідальності є держава. Така позиція зафіксована в національному законодавстві України. І вона відповідає практиці Європейського суду з прав людини. В численних справах, що розглядувалися названим юрисдикційним органом суб'єктом відповідальності була держава Україна. Звідси можна зробити висновок, що вина держави як суб'єкта відподальності за протиправні дії (бездіяльність) органів дізнання і досудового слідства є презумпцією в контексті положення ч.1 ст.1176 ЦК України.

В аспекті дисертаційного дослідження можна схилятися до позиції об'єктивної теорії вини як умови відповідальності за кожне правопорушення в т.ч. і цивільне. Оскільки відповідальність за дії органів дізнання і досудового слідства (їх посадових і службових осіб) несе держава тож можна стверджувати актуальність тези щодо психічного відношення правопорушника до своїх дій (бездіяльності) або рішень. В даній ситуації не йдеться про суб'єктивний фактор- вину як умову відповідальності, так як немає і не може бути психічного відношення держави як суб'єкта цивільної відповідальності до зазначених протиправних діянь та їх наслідків.

Це відповідає концепції участі держави, через створювані органи, юридичні особи в цивільних відносинах. Специфіка відносин у сфері відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами полягає у виконанні функцій публічного характеру. Але їх здійснення може мати наслідком заподіяння майнової (матеріальної) і моральної шкоди фізичним особам. Види шкоди та протиправної поведінки визначені законодавством. Але оскільки органи дізнання та досудового слідства є формою участі держави в публічних відносинах, то відповідальність, зокрема, цивільноправову несе держава.

Тому можна стверджувати про презумпцію вини держави в деліктних відносинах які виникли внаслідок протиправних дій (бездіяльності) чи рішень органів дізнання та досудового слідства. Звідси наявність вини, її форма не має значення для складу правопорушення оскільки суб'єктом відповідальності є держава як суб'єкт публічних і приватних відносин. Зобов'язання з відшкодування майнової (матеріальної) і майнової шкоди виникають в площині приватних відносин з участю держави.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСТАВИ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

Герц А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Особливе місце серед майнових прав, що можуть використовуватися як предмет застави для забезпечення виконання зобов'язань, належить корпоративним правам.

Досліджуючи можливість використання корпоративних прав як предмету застави, насамперед необхідно визначити їх сутність та зміст. Нормативне визначення корпоративних прав міститься у кількох нормативно - правових актах.

Відповідно до ст.167 Господарського кодексу України, корпоративні права – це права особи, частки якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

В п. 1.8 ст.1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» зазначено, що «корпоративні права – це право власності на статутний фонд (капітал) юридичної особи або його частки (пай), включаючи права на управління, отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи, а також активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства, незалежно від того, чи створена така юридична особа у формі господарського товариства, підприємства, заснованого на власності однієї юридичної або фізичної особи, або в інших організаційно – правових формах».

Різниця між наведеними вище поняттями полягає, зокрема, в тому, що Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» пояснює корпоративні права як право власності на статутний капітал або його частку, а Господарський кодекс України – як певні сукупність прав особи, частка якої визначена у статутному капіталі.

Заставлене може бути лише те майнове корпоративне право, що може бути відчужене.

Питання про майновий характер корпоративних прав є спірним, а це викликає певні ризики для кредитора, що приймає їх у якості предмета застави. І не випадково ст..57 Закону України «Про господарські товариства» забороняє звернення стягнення на частку учасника у ТОВ по його зобов'язаннях.

Окремо право участі у товаристві як різновид корпоративного права не може бути предметом застави, оскільки відповідно до ст..100 Цивільного кодексу України «право участі у товаристві є особистим немайновим правом і не може окремо передаватися іншій особі». Проте, вказане формулювання не забороняє, наприклад, відчуження права участі у товаристві разом із відчуженням частки у статутному капіталі.

Щодо можливості передачі у заставу прав на частку у статутному капіталі товариства, є досить сумнівна можливість звернення стягнення кредиторів на такий предмет застави. Відповідно до ч.1 ст.57 Закону України «Про господарські товариства», звернення стягнення на частку учасника у товаристві з обмеженою відповідальністю по його власних зобов'язаннях не допускається. Відповідно до ч.2 ст.57 Закону України «Про господарські товариства», при недостатності майна учасника для покриття його боргів, кредитори вправі вимагати виділення частки учасника – боржника у порядку, передбаченому ст..55 цього Закону. Ця стаття, в свою чергу, регулює виплату вартості частки спадкоємцям померлого учасника і передбачає, що при відмові правонаступника (спадкоємця) від вступу до товариства з обмеженою відповідальністю або відмові товариства у прийнятті до нього правонаступника (спадкоємця) йому видається у грошовій або натуральній формі частка у майні, яка належала реорганізованій або ліквідованій юридичній особі (спадкодавцю), вартість якої визначається на день реорганізації або ліквідації (смерті) учасника.

Стаття 149 ЦК України визначає, що звернення стягнення на частину майна товариства з обмеженою відповідальністю, пропорційну частці учасника товариства у статутному капіталі,

© Герц А., 2011

за його особистими боргами допускається лише у разі недостатності у нього іншого майна для задоволення вимог кредиторів. Кредитори такого учасника мають право вимагати від т товариства виплати вартості частини майна товариства, пропорційної частці боржника у статутному капіталі товариства, або виділу відповідної частини майна для звернення на нього стягнення. Частина майна, що підлягає виділу, або обсяг коштів, що становлять її вартість, встановлюється згідно з балансом. Який складається на дату пред'явлення вимог кредиторами. Звернення стягнення на всю частку учасника в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю припиняє його участь у товаристві.

Подальшого більш детального правового аналізу потребують можливість застави інших різновидів корпоративних прав (наприклад, тих, що належать учасникам акціонерних товариств), механізми звернення стягнення на заставлені корпоративні права, проблема постійної динаміки розміру майна товариства (яке еквівалентне розміру заставленої частки учасника). Тому всі перелічені проблеми, пов'язані із заставою корпоративних прав, потребують подальшого дослідження.

ПОНЯТТЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ ЗА ПАЙОВИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ

Гнатів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільні права реалізуються у межах конкретного цивільного правовідношення. Права, посвідчені пайовими цінними паперами, за своєю правовою природою належать до цивільних і можуть бути здійсненні у зобов'язальному правовідношенні. Такого висновку можна дійти, проаналізувавши чинне законодавство України.

По-перше, відповідно до ч.1 ст. 1 Цивільного кодексу України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Відносини між емітентами пайових цінних паперів та їх володільцями базуються на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення та майнової самостійності. Інвестор на власний розсуд вирішує, чи вступати йому у відносини з емітентами пайових цінних паперів шляхом їх придбання, а також використовувати чи ні належні йому права. Будь-яке підпорядкування у цих відносинах відсутнє.

По-друге, на зобов'язально-правовий характер відносин, у межах яких реалізуються права за пайовим цінним папером, вказує те, що цей цінний папір, як і будь-який інший, визначає взаємовідносини особи, яка його розмістила, і його володільця, та передбачає виконання зобов'язань згідно з умовами його розміщення.

Взаємовідносини, які виникають при здійсненні прав за пайовими цінними паперами, є відносними, оскільки їх суб'єктний склад є чітко визначений цивільним законодавством. Слід наголосити на кореспондуючому характері відносин між емітентами пайових цінних паперів та їх володільцями: праву інвестора завжди відповідає обов'язок емітента. Тобто, здійснення цих прав неможливе без виконання належним чином свого обов'язку юридичною особою, яка розмістила ці цінні папери.

Однак зобов'язальні права, посвідчені інвестиційними сертифікатами та сертифікатами фонду операцій з нерухомістю (далі – ФОН), відрізняються від прав за акціями. Права інвестора пайового інвестиційного фонду, як і права довірителів ФОН, не належать до корпоративних, оскільки придбання інвестиційного сертифікату чи сертифікату ФОН не є фактом внесення коштів до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу. Метою придбання акцій акціонером є участь в управлінні справами акціонерного товариства та/або одержання прибутку у вигляді дивідендів. Інвестори, укладаючи договір про приєднання до пайового інвестиційного фонду або договір чи договір про придбання сертифікатів ФОН, мають на меті примноження майна, переданого в управління.

Не зважаючи на відмінності, які існують у здійсненні прав в залежності від виду пайового цінного паперу, можна дійти висновку про наявність закономірностей у їх реалізації загальних для всієї групи пайових цінних паперів.

Під здійсненням прав за пайовими цінними паперами слід розуміти використання (реалізація) управленою особою можливостей, інкорпорованих у зміст прав, що посвідчуються пайовими цінними паперами. Можливості, які складають зміст права, є елементами його структури. Зміст прав, посвідчених пайовими цінними паперами, їх умови та способи здійснення визначається законами України, актами локального нормотворення та договорами.

У теорії права структуру будь-якого суб'єктивного права розглядають через призму чотирьох правомочностей:

- ✓ можливість позитивної (правомірної) поведінки самої управленої особи (право на свої дії або право-поведінки);
- ✓ можливість вимагати відповідної поведінки від зобов'язаної особи (право на чужі дії або право-вимоги);

© Гнатів О., 2011

- ✓ можливість вимагати застосування державного примусу у разі невиконання зобов'язаною особою своїх обов'язків (право-на захист);
- ✓ можливість користуватися на основі даного права певним соціальним благом (право-користування).

Оскільки права за пайовими цінними паперами є зобов'язальними, їх структуру складають право на свою правомірну поведінку та право вимоги. Більшість вчених, вважають право на захист самостійним правом, яке не доцільно включати у структуру інших суб'єктивних прав.

Будь-якому праву, яке посвідчується пайовим цінним папером, відповідають певні способи його здійснення. Права за пайовими цінними паперами можуть здійснюватися будь-якими не забороненими законом способами. Залежно від правових наслідків поведінки суб'єкта способи здійснення поділяються на фактичні та юридичні. За характером поведінки розрізняють здійснення прав за пайовими цінними паперами шляхом вчинення дій або шляхом утримання від вчинення дій.

Права за пайовими цінними паперами можуть здійснюватися особисто або через представника. Конкретний спосіб здійснення права залежить від особи, якій це право належить, або особи, яка його здійснює. Володілець пайового цінного паперу самостійно обирає свою поведінку у цих відносинах у межах, визначених актами цивільного законодавства, статутом або договором. Крім цього, способи здійснення прав за пайовими цінними паперами залежить також від виду пайового цінного паперу.

ІСТОТНІ УМОВИ ДОГОВОРУ ПРО ІПОТЕЧНИЙ БОРГ

Квіт Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цікавим і не дослідженим з наукової точки зору є питання істотних умов договору про іпотечний борг (кредит). Законодавець не дає чіткого переліку таких істотних умов ані у загальних, ані в спеціальних нормативно-правових актах, тим самим створюючи поле діяльності для зловживань і порушення прав як позичальників, так і кредитодавців. Тому вирішення цього питання має значну актуальність, особливо для практики.

Відповідно до норм Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати", основні економічні та правові вимоги виникнення іпотечного боргу (кредиту) мають бути розкриті до укладання договору про іпотечний борг (кредит). Ця інформація має бути оприлюднена кредитодавцем у письмовій формі і містити: опис усіх грошових зборів і витрат, пов'язаних з установленням іпотеки; принципи визначення плати за договором про іпотечний борг; положення про інфляційне застереження; порядок дострокового виконання основного зобов'язання у разі неплатоспроможності боржника або невиконання боржником своїх зобов'язань за договором про іпотечний борг та юридичні наслідки цього невиконання; право боржника попереджати кредитодавця про можливе невиконання основного зобов'язання; реквізити ліцензії та/або свідоцтва про внесення кредитодавця до Державного реєстру фінансових установ чи Державного реєстру банків; інші умови за рішенням кредитодавця.

Проаналізувавши всі перелічені вище пункти, необхідно звернути увагу на наступне. По-перше, видається, що важливою умовою, яку законодавець не передбачив у даному переліку, є мета, для досягнення якої надається кредит, або його цільове призначення, що, зокрема, є актуально саме для іпотечного кредиту. По-друге, доцільним, на нашу думку, є також визначення можливих строків, на які може бути одержаний іпотечний кредит, наприклад, шляхом зазначення меж таких строків або максимального та мінімального строку надання іпотечного кредиту. І, по-третє, вартим уваги є також питання оцінки майна, зокрема, предмету іпотеки, якою забезпечується кредитний договір, а саме, ким і в якому порядку така оцінка здійснюється.

Крім цього, під час аналізу цієї норми постає питання щодо того, який характер носять визначені законодавцем вимоги до зазначеної інформації, яку має оприлюднити кредитодавець до укладення договору про іпотечний борг. Чи це є так звані істотні умови договору, які потім мають бути включені до його змісту чи це лише загальна інформація для ознайомлення майбутніх позичальників із умовами отримання іпотечного кредиту. Із змісту ст.2 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" випливає, що дані умови "мають бути розкриті" до укладення договору про іпотечний борг, отже, вони є обов'язковими, але не передбачено, що дані умови мають міститись і у самому договорі. Видається, що це є суттєвим упущенням законодавця.

Умови договору про іпотечний борг (кредит) та іпотечного договору розробляє кредитодавець. Кредитодавець може запроваджувати процедури щодо встановлення платоспроможності та ідентифікації боржника. Проте, тут варто згадати про межі таких повноважень кредитодавця. Зокрема такі межі встановлені Законом України "Про захист прав споживачів", а саме, кредитодавець не має права вимагати від позичальника надання додаткової інформації, крім тої, що необхідна для встановлення його платоспроможності та є необхідною для надання кредиту. Отримана кредитодавцем інформація про особу позичальника у зв'язку із укладенням та виконанням кредитного договору не підлягає розголошенню чи використанню для інших цілей, крім для оцінки фінансового стану позичальника та його спроможності виконати зобов'язання за кредитним договором. Порушення даних положень Закону тягне за собою відповідальність кредитодавця, передбачену даним Законом.

© Квіт Н., 2011

У договорі про іпотечний борг (кредит) *можуть бути* зазначені: вартість основного зобов'язання, строки та розміри платежів з урахуванням інфляційного застереження або умови, що дозволяють їх визначити; згода боржника на приєднання його основного зобов'язання до консолідованого іпотечного боргу та включення іпотеки до іпотечного пулу; право кредитодавця відчужувати основне зобов'язання або право отримання платежів за договором про іпотечний борг; інфляційне застереження; умови страхування фінансових ризиків щодо: невиконання основного зобов'язання; неотримання платежів за цим договором; несвоєчасної реалізації предмета іпотеки; несвоєчасного отримання суми, виручені від реалізації предмета іпотеки, або недостатнього її розміру для задоволення вимог кредитора.

Умови договору про іпотечний борг, включені до консолідованого іпотечного боргу, змінам не підлягають.

Виходячи із змісту наведеного законодавчого положення щодо зазначених умов договору про іпотечний борг, можна зробити висновок, що перелічені умови не є істотними, оскільки законодавець застосовує диспозитивне формулювання – "можуть бути зазначені".

В першу чергу, необхідно провести аналіз рекомендованих умов, зазначених ч.4 ст.2 даного Закону. Зокрема, перший пункт, загалом, не викликає застережень, за винятком того, що незрозуміло, що розуміється під умовами, які дозволяють визначити строки та розміри платежів. Видається, що таке формулювання дає простір для зловживань з боку кредитодавця, оскільки дає йому змогу прив'язати такі істотні умови як розмір та строк здійснення платежів за договором до невідомих та вигідних лише для нього умов. На нашу думку, цю частину даної умови необхідно виключити. Щодо другого пункту, то, як свідчить договірна практика, така умова не застосовується при укладенні даного договору, тому постає питання про необхідність її включення до умов договору про іпотечний борг. Слід зауважити, що необхідність надання такої згоди іпотечним позичальником не є виправданою,з огляду на те, що приєднання іпотечного кредиту до консолідованого іпотечного боргу жодним чином не впливає на умови та порядок виконання позичальником своїх зобов'язань за договором. Тому, на нашу думку, дану умову можна виключити із ч.4 ст.2 цього Закону. Щодо третього пункту, то тут має місце дуже нечітке формулювання. Не- зрозуміло, що саме мається на увазі під правом відчуження кредитодавцем основного зобов'язання: чи це право рефінансування шляхом видачі заставної і передачі її третім особам чи це так зване переведення боргу. І те саме стосується права кредитодавця на отримання платежів за договором про іпотечний борг. Незрозуміло, про які платежі тут іде мова. Загалом, зміст даної умови є незрозумілим. Тому, видається, що ця умова також має бути виключена із даного переліку. Щодо інфляційного застереження, то його визначення міститься в ст.4 Закону, де передбачено, що це є обумовлений сторонами договору про іпотечний борг спосіб збереження реальної вартості грошових вимог та доходів кредитодавця. Таке застереження має забезпечувати індексацію платежів за договором про іпотечний борг при сплаті основного зобов'язання і має бути передбачене в договорі. І остання з передбачених умов – страхування фінансових ризиків – є безумовно важливою, але її слід уточнити і відкоригувати. Обов'язково, на нашу думку, в договорі про іпотечний кредит мають міститись умови про необхідність проведення страхування, по-перше, невиконання основного зобов'язання за договором, по-друге, страхування предмету іпотеки і, по-третє, страхування життя особи позичальника на користь кредитодавця в межах суми основного зобов'язання. Решта з передбачених у ч.4 ст.2 цього Закону фінансових ризиків можуть страхуватися за погодженням сторін.

В контексті даної статті повстає питання, які саме умови є істотними для договору про іпотечний борг (кредит), оскільки у ст. 2 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" не передбачені такі умови, а міститься лише рекомендація щодо того, які умови можуть бути визначені в даному договорі.

Тому, на нашу думку, необхідно доповнити Закон України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" статтею 2^1 під назвою "Істотні умови договору про іпотечний кредит" в такій редакції: "До змісту договору про іпотечний кредит мають бути включені умови про: суму основного зобов'язання, строки та розміри платежів за договором з урахуванням інфляційного застереження; інфляційне застереження; строк дії договору; цільове використання іпотечного кредиту; умови і порядок

дострокового виконання основного зобов'язання; наслідки невиконання чи неналежного виконання зобов'язань сторонами; забезпечення виконання основного зобов'язання іпотекою; страхування ризиків невиконання чи неналежного виконання зобов'язання іпотечним позичальником та інші умови, які за погодженням сторін є істотними".

Важливо відмітити, що ціна як істотна умова договору про іпотечний борг (кредит) має специфіку її обчислення. Відповідно до ст. 3 Закону України "Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати" вартість основного зобов'язання, якщо така визначається договором про іпотечний борг, має включати ціну зобов'язання (тобто сам кредит) та дохід кредитодавця (тобто проценти за користування кредитом). Ціною зобов'язання у цьому разі є сума коштів, надана кредитодавцем боржнику, а її розмір не може перевищувати 70 відсотків від оціночної вартості предмета іпотеки. Основне зобов'язання за таким договором про іпотечний борг підлягає амортизації шляхом поступового зменшення його вартості внаслідок внесення платежів за договором про іпотечний борг.

Таким чином, підводячи підсумок, треба сказати, що чинні норми спеціального законодавства, що регулює відносини іпотечного кредитування потребують суттєвого вдосконалення, особливо що стосується змісту договору про іпотечний борг (кредит). Невизначеність істотних умов є рівнозначною невизначеності взаємних прав та обов'язків сторін цього договору, а це є недопустимо, оскільки є підґрунтя для зловживань з боку однієї із сторін.

ТРЕТІ ОСОБИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ КРАЇН ЄС.

Коссак С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У цивільному процесі зарубіжних країн виділяють два види третіх осіб: які заявляють самостійні вимоги на предмет спору і, які не заявляють таких вимог (ФРН) , які добровільно вступають у процес або яких притягують у процес (Франція).

У процесуальному законодавстві Англії самостійний інститут третіх осіб відсутній. Норми щодо залучення в процес інших, крім позивачів і відповідачів, зацікавлених учасників справи зазначені або в інститут «зміна складу учасників спору», або в інститут «зустрічні позови та інших додаткові позови». Усі особи, які вступають або залучаються до процесу, котрий виник раніше між іншими суб'єктами, незалежно від мети їх вступу до справи іменуються сторонами. По суті, вони і є стороною відносно тієї частини вимог, які пред'являються до них або ними. Водночас, по відношенню до первинної вимоги і її сторін такі особи виступають третіми особами. Тому, для того, щоб уникнути надалі плутанини між ними і основними сторонами для їх позначення і використовуватиметься тут даний термін.

Склад третіх осіб, що беруть участь у процесі, неоднорідний. Серед них є ті, які вступають в процес відповідно до положень п.19 Правил цивільного судочинства (надалі – Правила) як нова сторона, що має претензії на предмет спору, і ті, які залучаються до участі у справі за позовом, поданим до них відповідачем в порядку положень п.20 Правил. Перших, використовуючи українську термінологію, можна назвати третіми особами, що заявляють самостійні вимоги на предмет спору. Другі – найбільш близькі до українських третіх осіб, що не заявляють самостійних вимог, але відрізняються від них тим, що вони є стороною другорядного позову, який подається до них в рамках первинного процесу, зі всією правомочністю, що випливає з цього статусу.

У англійському процесі залучення в процес інших, крім первинного позивача і відповідача осіб відбувається як на підставі загальних положень п.19 Правил (вони, зокрема, застосовуються у випадках, які в українському і німецькому судочинстві регулюються інститутом третіх осіб, що заявляють самостійні вимоги на предмет спору), так і через спеціальні норми. Зокрема, такі спеціальні норми містяться в п.20 Правил цивільного судочинства, яка називається «Зустрічні позови та інші додаткові позови». Згідно з цими положеннями відповідач в англійському суді має право пред'явити зустрічний позов не тільки до позивача, але і до іншої особи (Правило 20 (5)). Крім того, допускається можливість подання відповідачем позову до третьої особи з метою перенести на нього повну або часткову відповідальність за первинним позовом (Правило 20 (6)). У першому і другому випадках особа, що залучається до судочинства, стає відповідачем і, у свою чергу, також може скористатися правом на пред'явлення позовних вимог до третіх осіб.

Третя особа, що не заявляє самостійних вимог на предмет спору, залучаються до процесу, який вже триває, спільно з позивачем за зустрічним позовом відповідача (п.20. 5 Правил) або одноособово за позовом до неї відповідача про перенесення часткової або повної відповідальності за первинною вимогою (п.20.6 Правил). Вступ до процесу третьої особи, що не заявляє самостійних вимог, регулюється як загальними нормами інституту зміни складу учасників спору (п.19.2 Правил), так і особливим положенням передбаченим п.20 Правил. Після залучення в процес, третя особа стає відповідачем за поданими до неї позовами і наділяється відповідними правами сторони, зокрема правом в свою чергу пред'являти вимоги до третіх осіб.

Цивільний процес Франції поділяє третіх осіб на тих, які добровільно вступають у процес, або яких залучають до процесу примусово.

З аналізу ст.328-330 ЦПК Франції можна зробити висновок, що добровільна участь поділяється на: а) самостійну – коли вимога третьої особи носить самостійний характер і є на користь заявника – власне це і є розуміння третьої особа із самостійними вимогами. Така вимога

© Коссак С., 2011

буде розглядатися лише у тому випадку, якщо заявник має право на позов стосовно цієї вимоги; б) додаткову (допоміжну) – коли особа заявляє вимогу на підтримку позовних вимог сторони. Ця вимога буде розглядатися, якщо заявник з метою збереження своїх прав заінтересований у підтримці цієї сторони. Особа, яка вступила у справу на підставі допоміжної вимоги, вправі відмовитися в будь-який час від подальшої участі у справі в односторонньому порядку.

Залучення третьої особи до процесу примусово може бути здійснено або стороною, або безпосередньо судом (ст.331-338 ЦПК Франції). Третя особа може бути залучена до справи будь-якою стороною, якщо сторона має право подати проти третьої особи окремий позов з метою ухвалення судом рішення на користь сторони, або якщо сторона зацікавлена у тому, щоб судове рішення поширювалося також і на третю особу.

Вступ до справи будь-якої третьої особи допускається лише у тому випадку, якщо участь третьої особи достатньо пов'язана з позовними вимогами сторін. Водночас, якщо вступ третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги, може призвести до затягування розгляду справи, суддя вправі постановити рішення за основним позовом, а потім розглядає позов третьої особи.

У цивільному процесі ФРН, як і в Україні, виділяють два види третіх осіб: які заявляють самостійні вимоги на предмет спору і, які не заявляють таких вимог.

За ЦПК ФРН (§ 64) третя особа, яка заявляє самостійні вимоги – це особа, яка повністю чи частково претендує на річ чи право (як правило майновий характер) і у зв'язку з цим подає позов до сторін.

Згідно з цивільним процесуальним законодавством ФРН, якщо у особи є претензії на майно або право, щодо яких ведеться судочинство по спору між двома сторонами, вона для захисту своїх інтересів має можливість пред'явити в цьому процесі позов (die Einmischungsklage) до обох сторін (§ 64 ЦПК). Наприклад, продавець і покупець ведуть процес для з'ясування факту переходу права власності на продане майно. У справу вступає третя особа, яка стверджує, що вона є власником цього майна в силу застереження про збереження права власності. Відповідно до §65 ЦПК ФРН основний процес за клопотанням однієї із сторін може бути зупинений до моменту вступу в законну силу постанови про участь у справі третьої особи.

У судовій практиці ФРН треті особи з самостійними вимогами зустрічаються рідко. Частіше позов, що подається третьою особою, розпочинає нове судочинство, яке здійснюється паралельно з первинним. Первинний позивач і відповідач в цьому другому процесі виступають як співучасники.

З аналізу положень ст.331 ЦПК Франції, § 66-72 ЦПК ФРН слідує, що треті особи, які не заявляють самостійні вимоги на предмет спору, залучаються до участі у процесі тоді, коли одна із сторін вправі подати до третьої особи регресну вимогу або третя особа буде нести спільну відповідальність із стороною. Тому їй надається можливість подати свої заперечення. Зокрема, §66 ЦПК ФРН передбачає що особа, яка має правовий інтерес в тому, щоб рішення суду було ухвалено на користь однієї із сторін, вправі вступити в процес на її підтримку. Для прикладу, позивач звертається до суду про визнання договору купівлі-продажу недійсним. На стороні відповідача виступає нотаріус, який засвідчував цей договір. Якщо рішення у справі виноситься на користь позивача, нотаріус відшкодовує шкоду стороні-відповідачу за регресною вимогою.

Відповідно до §69 ЦПК ФРН третя особа залучається в процес для того, щоб спільно з відповідачем нести відповідальність перед позивачем в одному процесі, оскільки законна сила судового рішення поширюється і на таку особу. Такий порядок називається «вступ у справу третьої особи без самостійних вимог у порядку процесуальної співучасті» (наприклад, відшкодування шкоди, завданої громадянину незадовільним станом прибудинкової території. У процес поряд з будинковолодільцем залучається як третя особа місцева влада).

У контексті проведення судової реформи аналіз положень процесуального законодавства та судової практики зарубіжних країн має важливе значення для удосконалення цивільної процесуальної форми в Україні.

ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ДЕРЖАВИ В ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Коссак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Учасником цивільних правовідносин може бути держава. Держава є особливим суб'єктом цивільно-правових відносин. До держави не можна застосовувати положення цивільного законодавства про юридичних осіб. Держава з одного боку є сувереном, який встановлює норми права або які санкціонуються нею. З іншого боку є учасником цивільних відносин нарівні з іншими суб'єктами права, за винятками встановленими законом. Водночас до держави не можна застосувати деякі положення цивільного законодавства, які стосуються інших суб'єктів. Наприклад, держава як суб'єкт цивільного права не може припинятися шляхом ліквідації чи реорганізації.

Держава може бути безпосереднім учасником цивільних відносин лише у випадках прямо передбачених законом. Так, відповідно до Цивільного кодексу України держава є суб'єктом цивільних правовідносин у разі створення юридичних осіб публічного права. У випадках участі держави в цивільних правовідносинах повинні бути дотримані загальні засади цивільного права і насамперед, вимоги юридичної рівності з іншими суб'єктами цивільного права. Встановлюючи правила поведінки суб'єктів цивільних відносин, держава як їх учасник повинна сама їх дотримуватися.

Цивільне законодавство закріплює один з основних принципів, що випливає з методу цивільно-правового регулювання – юридичну рівність учасників особистих немайнових та майнових відносин. Юридична рівність полягає в тому, що кожна із сторін цивільних відносин має свій комплекс прав та обов'язків і є незалежною, непідпорядкованою іншій.

Держава як учасник цивільних правовідносин має правосуб'єктність, яка має універсальний характер. Однак держава здійснює свої повноваження у встановлених Конституцією України межах і відповідно до законів України.

Держава реалізує правосуб'єктність через систему своїх органів. Стаття 5 Конституції визначає, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Згідно зі ст.6 Конституції державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України.

В цивільному законодавстві вживається термін державного органу як суб'єкт цивільних правовідносин, який виступає від імені Українського народу. Так згідно з ст. 324 ЦК України земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу. Від імені Українського народу права власника здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, встановлених Конституцією України . Вживається в Цивільному кодексі України також поняття держави. Наприклад, згідно з ст. 326 ЦК України у державній власності є майно у тому числі грошові кошти, які належать державі Україна. Але знову ж таки від імені та в інтересах держави Україна право власності здійснюють відповідні органи державної влади.

Загальноприйняте законодавче визначення органу державної влади відсутнє. Хоча в спеціальному законодавстві можна знайти таке визначення: "орган влади – міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим та органи виконавчої влади Автономної Республіки Крим, державні органи, що здійснюють регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, ринку цінних паперів, державні органи приватизації, Національна Рада України з питань телебачення і радіомовлення, місцеві органи виконавчої влади" (ст.1 Закону "Про захист економічної конкуренції ").

Суб'єктом здійснення права державної власності є органи державної влади, які здійснюють право власності від імені та в інтересах держави. Згідно з Конституцією України право

© Коссак В., 2011

державної власності здійснюється Верховною Радою України, яка затверджує перелік об'єктів право державної власності, що не підлягають приватизації (п. 36 ст. 85 Конституції України); Кабінет Міністрів України, на якого покладається забезпечення рівних умов розвитку усіх форм власності, здійснення управління об'єктами державної власності (п.5 ст.116 Конституції).

Статтю 326 ЦК України «право державної власності» у зв'язку з прийняттям Закону України «Про управління об'єктами державної власності» доповнено частиною третьою такого змісту: «управління майном, що є в державній власності, здійснюється державними органами, а у випадках, передбачених законом, може здійснюватися іншими суб'єктами».

Законом України «Про управління об'єктами державної власності» суб'єктами управління об'єктами державної власності визнаються: Кабінет Міністрів України; міністерства та інші органи виконавчої влади; органи, які здійснюють управління державним майном відповідно до повноважень, визначених окремими законами; державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, інші державні господарські організації; юридичні та фізичні особи, які виконують функції з управління корпоративними правами держави; Національна академія наук України, галузеві академії наук.

Кабінет Міністрів України на підставі пункту 5 статті 116 Конституції та частини 1 статті 21 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 21.12.2006р. здійснює управління об'єктами, розроблення і виконання державних програм приватизації; подає Верховній Раді України пропозиції стосовно визначення переліку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації. Окремі повноваження щодо управління державним майном Кабінет Міністрів України має право делегувати в установленому законом порядку міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади, місцевим державним адміністраціям та відповідним суб'єктам господарювання.

Таким чином, від імені держави в цивільних відносинах беруть участь міністерства, державні комітети, центральні органи виконавчої влади із спеціальним статусом, місцеві державні адміністрації, територіальні органи міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, а також інші уповноважені державою органи.

Цивільне законодавство визначає, що держава як самостійний учасник цивільних відносин, як суб'єкт цивільного права, що має відокремлене майно, несе відповідальність за своїми зобов'язаннями своїм майном, крім майна, на яке відповідно до закону не може бути звернено стягнення. Наприклад, Закон України від 29 листопада 2001 р. "Про введення мораторію на примусову реалізацію майна", встановлює мораторій на застосування примусової реалізації майна державних підприємств та господарських товариств, у статутних фондах яких частка держави становить не менше 25% до вдосконалення визначеного законами України механізму примусової реалізації майна (ст.1).

Під примусовою реалізацією майна підприємств слід розуміти відчуження об'єктів нерухомого майна та інших основних засобів виробництва, що забезпечують ведення виробничої діяльності цими підприємствами, а також акцій (часток, паїв), що належать державі в майні інших господарських товариств і передані до статутних фондів цих підприємств, якщо таке відчуження здійснюється шляхом: звернення стягнення на майно боржника за рішеннями, що підлягають виконанню Державною виконавчою службою, продажу майна в процесі провадження справи про банкрутство відповідно до Закону "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" щодо визнання боржника банкрутом, відкриття ліквідаційної процедури і продажу майна підприємства. Порядок звернення стягнення на майно боржника регулюється Законом "Про виконавче провадження".

Державою відшкодовується в повному обсязі шкода, завдана особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи від реальної загрози для неї (ст.1161 ЦК України); шкода, завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, яка без відповідних повноважень рятувала від реальної загрози майно іншої особи, яке має істотну цінність (ст.1162 ЦК України). Шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи

виправних робіт, відшкодовується державою у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду (ст.1176 ЦК, Закон України від 1 грудня 1994 р. "Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду").

Державою відшкодовується майнова шкода, завдана майну фізичної особи внаслідок злочину, якщо не встановлено особу, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною.

Відповідальність держави може бути і в сфері нормотворчої діяльності. Зокрема, відшкодовується шкода, завдана прийняттям закону про припинення права власності на певне майно. Згідно з ст. 1170 ЦК України у разі прийняття закону, що припиняє право власності особи на майно, шкода, завдана власникові такого майна, відшкодовується державою в повному обсязі. Підставою виникнення зазначеного обов'язку є: 1) прийняття закону, що припиняє право власності; 2) завдання шкоди власникові такого майна внаслідок прийняття такого закону.

Оскільки прийняття законів є прерогативою законодавчої гілки державної влади, то і обов'язок відшкодування шкоди, завданої в сфері законотворчої діяльності майну власника покладається на державу.

Питання відшкодування шкоди завданої державними органами в сфері нормотворчої діяльності залишається проблемним. Законодавчим органом є Верховна Рада. Україна, яка приймає закони, постанови. Виникає проблема щодо відшкодування шкоди завданої в результаті нормотворчої діяльності Верховної Ради України та інших державних органів, які здійснюють свою діяльність на основі законів. Адже для того, щоб особа права та інтереси якої порушено могла б звернутися з вимогою про відшкодування шкоди необхідно, щоб акт законодавства був скасований. Така прерогатива належить самій Верховній Раді України або Конституційному Суду України. Згідно з п. 1 ст. 13 Закону «Про Конституційний Суд України» Конституційний Суд приймає рішення та дає висновки у справах щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної республіки Крим. У разі якщо ці акти або їх окремі положення визнаються такими, що не відповідають Конституції України (неконституційними), вони оголошуються нечинними і втрачають чинність від дня прийняття Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність (ст.73 Закону «Про Конституційний Суд України»). Таким чином зазначені нормативні акти є незаконними. Оскільки згідно з п.п.3.4 ст.11 ЦК України цивільні права та обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства, а у випадках встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки виникають безпосередньо з актів органів державної влади, органів влади Автономної республіки Крим або органів місцевого самоврядування, можна вважати, що у разі визнання їх неконституційними (за винятком органів місцевого самоврядування), перелічені акти є нечинними. Якщо внаслідок прийняття такого акту завдана шкода цивільним правам та інтересам особи, остання має право на відшкодовування шкоди завданої відповідно до ст. 1175 ЦК України державою або Автономною Республікою Крим у сфері нормотворчої діяльності.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СТОРІН ЗА ДОГОВОРОМ БАНКІВСЬКОГО ВКЛАДУ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Лепех С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

За порушення умов договору банківського вкладу сторони несуть цивільно-правову відповідальність у формах та розмірах, визначених законом та договором. Відповідно до ст. 58 Закону України від 07.12.2000р. «Про банки та банківську діяльність» банк відповідає за своїми зобов'язаннями всім своїм майном відповідно до законодавства, однак не відповідає за невиконання або несвоєчасне виконання зобов'язань у разі оголошення мораторію на задоволення вимог кредиторів, зупинення операцій по рахунках, арешту власних коштів банку на його рахунках. §3 глави 71 «Банківський вклад» Цивільного кодексу України 2003 року (далі – ЦК) не містить положень щодо відповідальності сторін за договором банківського вкладу, отже, до порушення зобов'язань за цим договором слід застосовувати правові наслідки, визначені ст. 611 ЦК: припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору, зміна умов зобов'язання, сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди. Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 1058 ЦК до відносин банку та вкладника за рахунком, на який внесений вклад, застосовуються положення про договір банківського рахунка (глава 72 цього Кодексу), якщо інше не встановлено цією главою або не випливає із суті договору банківського вкладу. Правові наслідки неналежного виконання банком операцій за рахунком клієнта визначені ст. 1073 ЦК, відповідно до якої у разі несвоєчасного зарахування на рахунок грошових коштів, що надійшли клієнтові, їх безпідставного списання банком з рахунка клієнта або порушення банком розпорядження клієнта про перерахування грошових коштів з його рахунка банк повинен негайно після виявлення порушення зарахувати відповідну суму на рахунок клієнта або належного отримувача, сплатити проценти та відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено законом.

Внутрішньобанківський переказ виконується в строк не більше двох операційних днів, а міжбанківський переказ – до трьох операційних днів. У разі порушення банком, що обслуговує платника (отримувача) переказу, строків виконання доручення клієнта на переказ (завершення переказу) банк зобов'язаний сплатити платнику (отримувачу) пеню у розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожен день прострочення. Загальна сума пені не може перевищувати 10 відсотків суми переказу, якщо інше не передбачено договором. Ст. 32 Закону України «Про платіжні системи та переказ грошей в Україні» визначає також інші підстави та розміри відповідальності банку. Зокрема, у разі помилкового переказу суми переказу на рахунок неналежного отримувача, що стався з вини банку, цей банк-порушник зобов'язаний негайно після виявлення помилки переказати за рахунок власних коштів суму переказу отримувачу. У противному разі отримувач має право у встановленому законом порядку вимагати від банку ініціювання переказу йому суми переказу за рахунок власних коштів, сплати пені в розмірі 0,1 відсотка суми простроченого платежу за кожний день прострочення починаючи від дати завершення помилкового переказу, яка не може перевищувати 10 відсотків суми переказу. Одночасно банк зобов'язаний після виявлення помилки негайно повідомити неналежного отримувача про здійснення помилкового переказу і про необхідність ініціювання ним переказу еквівалентної суми коштів цьому банку протягом трьох робочих днів від дати надходження такого повідомлення.

У разі помилкового переказу з рахунка неналежного платника, що стався з вини банку, цей банк зобов'язаний переказати відповідну суму коштів з рахунка платника на рахунок неналежного платника, а також сплатити неналежному платнику пеню у розмірі процентної ставки, що встановлена цим банком по короткострокових кредитах, за кожний день починаючи від дня помилкового переказу до дня повернення суми переказу на рахунок неналежного платника, якщо інша відповідальність не передбачена договором. У разі переказу з рахунка плат-

© Лепех С., 2011

ника без законних підстав, за ініціативою неналежного стягувача, з порушенням умов доручення платника на здійснення договірного списання або внаслідок інших помилок банку повернення платнику цієї суми здійснюється у встановленому законом судовому порядку. При цьому банк, що списав кошти з рахунка платника без законних підстав, має сплатити платнику пеню у розмірі процентної ставки, що встановлена цим банком по короткострокових кредитах, за кожний день починаючи від дня переказу до дня повернення суми переказу на рахунок платника, якщо інша відповідальність не передбачена договором. Однак, така відповідальність не застосовується, якщо відносини банківського вкладу оформлені видачею ощадного сертифікату.

Щодо можливості стягнення пені чи штрафу в разі порушення банком інших обов'язків за цим договором, то насамперед вона мала б визначатися самою домовленістю сторін, однак практика укладення цих договорів свідчить про те, що засади відповідальності банку визначаються виключно законодавством. Отже, в разі несвоєчасного повернення суми вкладу вкладник має право вимагати також відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК сплати суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором. В той же час, в законодавстві залишається невизначеною правова природа таких узаконених відсотків (як неустойки чи упущеної вигоди), а також інших своєрідних платежів, як от сплата певної суми в разі дострокового розірвання договору банківського вкладу.

Як зазначається в узагальненнях судової практики розгляду цивільних справ, які виникають з кредитних правовідносин (2009-2010 рр.), спірним для судів виявилося питання про можливість стягнення моральної (немайнової) шкоди у зв'язку з несвоєчасним поверненням банківського вкладу. Верховний Суд України дійшов висновку, що відповідно до положень чинного законодавства вкладник має право на відшкодування такої шкоди лише у випадках, визначених самим договором, оскільки закон не містить норми щодо можливості компенсації моральної шкоди в разі невиконання банком депозитних зобов'язань. Однак, аналіз значної кількості позовів, в яких вкладники поєднували позовні вимоги про повернення вкладу та відшкодування моральної шкоди, дає підстави дійти висновків про те, що позивачі дійсно зазнавали моральної шкоди, зокрема, в разі безпідставної відмови банку щодо повернення вкладів, а тому доцільним видається законом чітко визначити можливість застосування цього способу захисту в разі порушення банком своїх зобов'язань за договором банківського вкладу.

Отже, очевидною є доцільність включення до ЦК ст. 1065-1, в якій необхідно визначити концептуальні положення щодо відповідальності сторін за договором банківського вкладу, зокрема, щодо приблизного переліку порушень як підстав застосування такої відповідальності, конкретизації способів захисту прав вкладника та банку, а також щодо правової природи та співвідношення окремих форм цивільно-правової відповідальності сторін за порушення депозитних зобов'язань. Натомість щодо особливостей механізму застосування окремих форм такої відповідальності, то цілком можливим видається їх конкретизація в нормах спеціального банківського законодавства.

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ НАКАЗНОГО ПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОЮ РЕФОРМОЮ 2010 РОКУ

Навроцька Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах обмеженого фінансування та нечисленного штатного апарату судової системи важливу роль відіграє зменшення навантаження на суддів. Актуальним залишається питання процесуальної економії та своєчасного розгляду цивільних справ. Так, виокремлення наказного провадження як окремого виду провадження в цивільному судочинстві зумовлене специфікою судової практики та недоцільністю використання складної й розгалуженої цивільної процесуальної форми позовного провадження для розгляду справ про задоволення безспірних вимог. Застосування позовного порядку для розгляду документально підтверджених неоспорюваних фактів не виправдовується ні з позицій засади процесуальної економії, ні з позицій фінансових затрат держави.

У національному законодавстві з прийняттям ЦПК України 2004 року окремі нормативні положення були реформовані у напрямку оптимізації й раціоналізації цивільного судочинства, вжиття заходів для підвищення його ефективності, зокрема, шляхом впровадження у практику наказного провадження. Уже понад п'ятирічна практика застосування даного виду провадження засвідчила його ефективність, однак водночас показала, що його законодавча регламентація далека від досконалості, а це призводить до виникнення на практиці багатьох проблем, пов'язаних із недостатньою розробленістю інституту наказного провадження та відсутністю одноманітності у тлумаченні норм, які регулюють даний порядок розгляду цивільних справ.

Судова реформа 2010 року, яка ознаменувалася прийняттям 07.07.2010 р. Закону України «Про судоустрій і статус суддів», значною мірою торкнулася і наказного провадження. Основні зміни щодо цього виду провадження закріпили його самостійність. Це підтверджується, насамперед, тим, що зараз наказне провадження не розглядається як альтернатива позовному, як це було донедавна. Так, відповідно до ч.3 ст.118 ЦПК позовна заява щодо вимог, за якими може бути видано судовий наказ, може бути подана тільки в разі відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування його судом. Застосування наказного провадження стає не факультативним, а імперативним щодо вимог, визначених ст.96 ЦПК. Якщо раніше зацікавлена особа на власний розсуд обирала, в порядку якого провадження їй звертатися із відповідними вимогами (з позовною заявою чи заявою про видачу судового наказу), то відповідно до останніх змін до ЦПК України одна із підстав для повернення позовної заяви – це недотримання вимоги щодо імперативності звернення в наказному провадженні з вимогами, визначеними ст.96 ЦПК (п.6 ч.3 ст.121 ЦПК).

Реформування наказного провадження пов'язане також із новим підходом щодо визначення вимог, за якими може бути видано судовий наказ. На перший погляд, їх перелік розширений, оскільки зараз судовий наказ може бути видано за п'ятьма вимогами, зокрема: 1) про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати; 2) про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника; 3) про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг, телекомунікаційних послуг, послуг телебачення та радіомовлення з урахуванням індексу інфляції та трьох відсотків річних, нарахованих заявником на суму заборгованості; 4) про присудження аліментів на дитину в розмірі тридцяти відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших зацікавлених осіб; 5) про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів.

© Навроцька Ю., 2011

Не вдаючись до детального аналізу цих вимог, зазначу лише, що за першими двома вимогами і раніше існувала можливість видачі судового наказу, останні ж три є новими для практики застосування наказного провадження. Разом з тим, виключено можливість звернення з вимогою, яка ґрунтується на правочині, вчиненому в письмовій формі, що мала місце у попередній редакції ст.96 ЦПК. Видається, що виключення такої вимоги є недоцільним, оскільки не сприяє розвитку наказного провадження як спрощеної форми розгляду та вирішення цивільних справі, як способу посилення ефективності цивільного судочинства та прискорення захисту прав особи.

Окрім цього, перелік підстав для видачі судового наказу встановлений як вичерпний, що унеможливить застосування процесуальної аналогії, доречність якої активно обґрунтовується в доктрині цивільного процесуального права.

У ст.95 ЦПК конкретизовано осіб, які можуть звертатися із заявою про видачу судового наказу. Окрім особи, якій належить право вимоги, окремо прописано можливість відповідного ініціювання наказного провадження органами та особами, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. Хоч раніше і не було такої прямої вказівки щодо цих суб'єктів, видається, вони і так наділялися правом звернення із заявою про видачу судового наказу на підставі ст.3 та ст.45 ЦПК України.

Чітко врегульовано питання судових витрат у наказному провадженні, зокрема, тих, що сплачуються до звернення в суд із відповідною заявою, – судового збору та витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи (ч.5 ст.98, ст.99 ЦПК).

Ст.100 ЦПК детально регламентує підстави для повернення та відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу та вводить інститут відкриття наказного провадження. Разом з тим, слід відзначити, що не всі процесуальні дії, що можуть вчинятися після отримання заяви про видачу судового наказу, уніфіковані із відповідними процесуальним діями у позовному провадженні.

Судова реформа 2010 року торкнулася також процедури оскарження та скасування судового наказу, а, відповідно, і набрання ним законної сили.

До внесення змін у ЦПК України від 07.07.2010 року порядок оскарження судового наказу характеризувався обов'язковістю його скасування судом першої інстанції в разі подання боржником заяви про скасування судового наказу, причому незалежно від будь-яких обґрунтувань боржника. Тобто, як таких, підстав для скасування судового наказу не існувало, достатньо було самого факту його оскарження, оскільки лише до цього моменту презюмувалася безспірність вимог заявника. Відповідно, відсутньою була можливість апеляційного оскарження судового наказу.

Зараз серед реквізитів заяви про скасування судового наказу є посилання на обставини, які свідчать про повну або часткову необґрунтованість вимог стягувача, та посилання на докази, якими боржник обґрунтовує свої заперечення проти вимог стягувача (п.п.5, 6 ч.3 ст.105 ЦПК). Разом з цим, немає жодної норми, яка б зобов'язувала боржника надати відповідні докази суду на підтвердження своєї позиції. У зв'язку з цим в літературі можна зустріти висновок, що формальний підхід до скасування судового наказу залишився незмінним і незалежно від наявних доказів суддя повинен постановити ухвалу про його скасування, оскільки вона приймається лише на підставі оцінки думки стягувача та боржника, які, як правило, є прямо протилежними, а не ґрунтуються на всебічному, повному і об'єктивному дослідженні обставин та підтвердженні їх належними і допустимими доказами. На мою думку, дійсно, на перший погляд, може скластися саме таке враження. Однак який сенс тоді у розширенні повноважень суду за результатами розгляду заяви про скасування судового наказу? На мою думку, хоч і дійсно має місце упущення законодавця в даному питанні, якщо боржник не надасть відповідних доказів на підтвердження необґрунтованості вимог стягувача чи своїх заперечень проти таких вимог, то суд залишить заяву про скасування судового наказу без задоволення (п.1 ч.8 ст.105-1 ЦПК).

Серед повноважень суду за результатами розгляду заяви про скасування судового наказу, окрім скасування судового наказу, є можливість залишити заяву про скасування судового наказу без задоволення чи змінити судовий наказ (ч.8 ст.105-1 ЦПК). А вже після перегляду судового наказу судом першої інстанції, якщо він не скасований (якщо судовий наказ зміне-

ний або щодо судового наказу суд постановив ухвалу про відмову в задоволенні заяви про його скасування), запроваджується можливість апеляційного оскарження судового наказу (ч.9 ст.105-1 ЦПК). На жаль, відкритим залишилося питання підстав застосування того чи іншого повноваження суду за результатами розгляду заяви про скасування судового наказу.

Хочу звернути увагу також на помилку законодавця щодо формулювання підстав для скасування судового наказу в апеляційному порядку. Так, ЦПК України Законом «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 року доповнено статтею 309-1, яка закріплює положення, що судовий наказ підлягає скасуванню в апеляційному порядку, якщо апеляційний суд встановить *відсутність* (виділено мною – Ю.Н.) між стягувачем та боржником спірних правовідносин, на основі яких була заявлена вимога, передбачена ч.1 ст.96 ЦПК. Таке законодавче формулювання нівелює весь зміст цієї підстави для скасування судового наказу. Очевидно, що не відсутність, а *наявність* спірних правовідносин має бути підставою для скасування судового наказу в апеляційному порядку, оскільки це не було враховано судом першої інстанції ні при відкритті наказного провадження (ст.100 ЦПК), ні при перегляді судового наказу (ст.105-1 ЦПК). А, як відомо, наказне провадження – це безспірний вид цивільного судочинства.

Загалом, реформування наказного провадження пов’язане із багатьма змінами, спрямованими на удосконалення правового регулювання даного процесуального інституту. Водночас, частина таких змін є суперечливою та не враховує багатьох напрацювань практики застосування та доктринального тлумачення наказного провадження, що негативно позначиться на ефективності судового захисту прав та законних інтересів заінтересованих осіб.

УЧАСТЬ ЗАІНТЕРЕСОВАНИХ ОСІБ У СПРАВАХ ПРО НАДАННЯ ПРАВА НА ШЛЮБ

Німак М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Заінтересованими особами у справах про надання права на шлюб є особа, з якою передбачається реєстрація шлюбу, батьки (усиновлювачі), піклувальник особи, яка не досягла шлюбного віку, батьки (усиновлювачі) особи, з якою передбачається реєстрація шлюбу, а також інші заінтересовані особи.

На думку Ю. В. Білоусова, З. В. Ромовської та інших авторів, суд може викликати у судове засідання ту особу, з якою особа, яка не досягла шлюбного віку, має намір зареєструвати шлюб. Проте, на нашу думку, участь цієї особи у справі є обов'язковою, оскільки дає можливість судді з'ясувати дієздатність цієї особи, дійсність її волевиявлення на укладення шлюбу, відповідність інтересам заявника укладення шлюбу саме з цією конкретною особою тощо.

Пояснення батьків (усиновлювачів) або піклувальників особи, яка не досягла шлюбного віку, є вагомим доказом у справі про надання права на шлюб, тому їх участь у справі також є обов'язковою. Відповідно до ч. 1 ст. 141 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 року (далі – СК України) мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою, тому участь у справі обов'язково повинні брати обоє з батьків.

У виняткових випадках, коли один з батьків (усиновлювачів) чи піклувальників або вони обоє не можуть з'явитися у судове засідання, їх згода або заперечення щодо надання права на шлюб повинна бути викладена у заяві, справжність підписів на якій слід нотаріально засвідчити. Така заява долучається до справи як письмовий доказ. Якщо із змісту цієї заяви суддя зробить висновок про те, що законні представники або один з них заперечують щодо надання їх підопічному права на шлюб, суддя, відповідно до ч. 1 ст. 191 Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 року (далі - ЦПК України), може відкласти розгляд справи у зв'язку з необхідністю залучення до участі у справі цих осіб для детального з'ясування причин заперечення.

Як заінтересовані особи у розгляді справи можуть брати участь законні представники особи, з якою передбачається реєстрація шлюбу. Їх участь у справі сприятиме судді у з'ясуванні питання про особисті якості та поведінку особи, з якою особа, яка не досягла шлюбного віку, має намір укласти шлюб, а також про їх ставлення до укладення шлюбу.

На практиці, суди залучають до участі у справах цієї категорії, представників органів РАЦСу, але в судове засідання вони не з'являються, тому суд розглядає справу у їх відсутності. Видається, що участь у справі представника органу РАЦСу не є обов'язковою, оскільки суд по цій категорії справ з'ясовує відповідність укладення шлюбу інтересам заявника, а органи РАЦСу навряд чи можуть надати пояснення з цього приводу. У разі необхідності з'ясування тих чи інших обставин, суд може зробити запит до органів РАЦСу.

Неодноразово в юридичній літературі зауважується про те, що важливе значення для правильного вирішення справ про надання права на шлюб має також участь у справі представника органу опіки та піклування. Проте, слід зауважити, що ці органи виступають в процесі у двох формах: звернення до суду із заявою чи участь у справі про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів (ч. 1 ст. 45 ЦПК України) або участь у справі для подання висновків на виконання своїх повноважень (ч. 3 ст. 45 ЦПК України).

Участь у справі у першій формі органами опіки та піклування здійснюється з метою захисту прав та інтересів малолітніх, неповнолітніх осіб, а також повнолітніх осіб, які за станом здоров'я не можуть самостійно здійснювати свої права і виконувати свої обов'язки (ст. 55 ЦК України).

Особливістю справ про надання права на шлюб є те, що заяви подаються до суду заявниками особисто, участь у справі заявники також беруть особисто, тому звернення до суду із

© Німак М., 2011

заявою та участь органів опіки та піклування у справах цих категорій з метою захисту прав та інтересів інших осіб є неможливою.

Участь органів опіки та піклування у справі для подання висновків на виконання своїх повноважень є специфічною, оскільки її метою є не захист прав та інтересів осіб, а сприяння здійсненню правосуддя шляхом подання письмового висновку. Проте, основним питанням, яке підлягає вирішенню в суді у справах про надання права на шлюб, є питання про відповідність укладення шлюбу інтересам неповнолітньої особи. Суд повинен з'ясувати фізіологічну та психологічну готовність заявника до шлюбу. Найчастіше підставами для надання права на шлюб є вагітність неповнолітньої особи або проживання її з іншою особою однією сім'єю без шлюбу. Ці обставини оцінюються судом на підставі особистих пояснень неповнолітньої особи, її батьків, особи, з якою вона має намір укласти шлюб, довідок медичних установ, та інших доказів. Подання висновків щодо перелічених вище питань не належить до компетенції органів опіки та піклування. З огляду на це, участь органів опіки та піклування у справах про надання права на шлюб є недоцільною, оскільки не сприяє здійсненню правосуддя, а саме об'єктивному з'ясуванню судом обставин справи.

Заінтересовані особи можуть брати участь у справі особисто або через представника. При цьому, заінтересовані особи, участь у справі яких є обов'язковою, повинні особисто брати участь у справі, незалежно від участі у цій справі представника. Це обумовлено необхідністю встановлення відповідності надання права на шлюб з конкретною особою інтересам особи, яка не досягла шлюбного віку.

Оскільки відповідно до ч. 2 ст. 26 ЦПК України заінтересовані особи є особами, які беруть участь у справі, а відповідно до ч. 5 ст. 31 ЦПК України заявник та заінтересовані особи у справах окремого провадження мають права і обов'язки сторін, то у разі їх неявки у судове засідання, слід застосовувати наслідки, передбачені ч. 1 ст. 169 ЦПК України. Оскільки участь у справі деяких заінтересованих осіб є обов'язковою з метою з'ясування відповідності надання права на шлюб інтересам особи, яка не досягла шлюбного віку, то у разі їх повторної неявки в судове засідання, судді відповідно до ч. 3 ст. 169 ЦПК України слід залишити заяву без розгляду, а не вирішувати справу на підставі наявних у ній даних чи доказів, як передбачено ч. 4 ст. 169 ЦПК України.

Згідно з ч. 3 ст. 169, п. 3 ч. 1 ст. 207 ЦПК України суд залишає заяву без розгляду за умови, що від позивача не надійшла заява про розгляд справи за його відсутності. Проте, правило про можливість розгляду справи за відсутності заявника чи тих заінтересованих осіб, участь у справі яких є обов'язковою, якщо від них надійшла відповідна заява, не застосовується до справ про надання права на шлюб, оскільки по цій категорії справ участь цих осіб є обов'язковою, а тому розгляд справи за їх відсутності неможливий за будь-яких умов.

Видається, що неявка законних представників особи, яка не досягла шлюбного віку, у судове засідання без поважних причин є виразом їх байдужості та легковажності до долі їх підопічних, тому це не повинно бути перешкодою у наданні неповнолітній особі права на шлюб. У випадку неявки у судове засідання без поважних причин чи повторної неявки законних представників, судді слід вирішити питання про можливість слухання справи за відсутності батьків (усиновлювачів) чи піклувальника або одного з них. Якщо суддя зробить висновок, що слухання справи за їх відсутності неможливе, він може відкласти розгляд справи на підставі ч. 1 ст. 191 ЦПК України.

Таким чином, у розгляді справи про надання права на шлюб обов'язково повинна брати участь особа, з якою особа, яка не досягла шлюбного віку, має намір укласти шлюб, при цьому представник може залучатися до участі у справі тільки за умови особистої участі у справі цієї особи. Законні представники особи, яка не досягла шлюбного віку, обов'язково повинні виразити свою згоду чи заперечення на укладення шлюбу їх підопічним, тому їх участь у справі є обов'язковою, але у виняткових випадках вони можуть надіслати до суду заяву із виразом їх волі, справжність підпису на якій має бути засвідчена нотаріально. Участь інших заінтересованих осіб у справі не є обов'язковою.

СТОРОНИ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ У СФЕРІ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА

Плукар І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сторонами договору управління майном відповідно до ст. 1029 ЦК України є установник управління та управитель.

У сфері будівництва житла договір управління майном поділяється на два види: договір про участь у фонді фінансування будівництва (далі – ФФБ) та договір про придбання сертифікатів фонду операцій з нерухомістю (далі – ФОН).

Так сторонами договору про участь у ФФБ є управитель та установник управління - довіритель, а договору про придбання сертифікатів ФОН – управитель та установник управління - власник сертифікатів ФОН.

Закон України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю" (далі – Закон) дає таке визначення управителя, спільне для обох видів договорів управління майном у сфері будівництва житла: фінансова установа, яка від свого імені діє в інтересах установників управління майном і здійснює управління залученими коштами згідно із законодавством, Правилами фонду та відповідає вимогам, встановленим цим Законом.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону управителем може бути фінансова установа, що отримала в установленому законодавством порядку дозвіл/ліцензію на здійснення визначеної цим Законом діяльності.

Визначення поняття фінансової установи міститься у Законі України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг", згідно з яким це юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку. До фінансових установ належать *банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг*, а у випадках, прямо визначених законом, - інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг.

Особа набуває статусу фінансової установи після внесення про неї запису до відповідного державного реєстру фінансових установ. Датою внесення відповідного запису до Реєстру для набуття юридичною особою статусу фінансової установи є дата схвалення Державною комісією з регулювання ринків фінансових послуг України (Держфінпослуг) як колегіальним органом рішення про внесення інформації до Реєстру.

Документом, що підтверджує статус фінансової установи, є свідоцтво про реєстрацію фінансової установи.

Виходячи з положення ч. 1 ст. 4 Закону управителю також необхідно отримати в установленому законодавством порядку дозвіл/ліцензію на здійснення визначеної цим Законом діяльності.

Банки мають право здійснювати довірче управління коштами та цінними паперами за договорами з юридичними та фізичними особами на підставі письмового *дозволу* Національного банку України.

Усі інші фінансові установи провадять таку діяльність на підставі ліцензії.

Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 24.06.2004 № 1225 затверджено Ліцензійні умови провадження діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю, дія яких не поширюється на банки.

© Плукар І., 2011

Органом ліцензування діяльності небанківських фінансових установ із здійснення залучення коштів установників для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю є Держфінпослуг.

Без отримання ліцензії з дати закінчення строку дії ліцензії, анулювання ліцензії не допускається провадження небанківськими фінансовими установами діяльності із залучення коштів установників управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій з нерухомістю і управління майном згідно із законодавством, Правилами фонду та договором управління майном.

Ще однією вимогою Закону до управителя є те, що статутний капітал такої фінансової установи має складати не менше одного мільйона євро, який повинен бути повністю сплачений виключно грошовими коштами до початку залучення коштів від установників управління майном.

Щодо формування небанківськими фінансовими установами - управителями статутного капіталу Держфінпослуг у своєму інформаційному листі від 19.08.2010 № 665 роз'яснила, що розмір статутного капіталу, який має бути сплачений грошовими коштами до початку залучення коштів від установників управління майном, повинен бути не менше, ніж сума, еквівалентна одному мільйону євро за офіційним обмінним курсом Національного банку України. При цьому обмінним курсом, за яким визначається розмір статутного капіталу ліцензіата, є курс, що встановлений Національним банком України на дату фактичного внесення коштів до статутного капіталу ліцензіата до початку залучення коштів від установників управління майном.

Вимоги до статутного капіталу банків встановлені Законом України "Про банки і банківську діяльність", ст. 31 якого передбачено, що мінімальний розмір статутного капіталу на день реєстрації банку не може бути менше 75 мільйонів гривень.

Окрім того, управитель, який має на меті здійснювати управління ФФБ виду Б має отримати дозвіл на прийняття на себе комерційних ризиків, який надає Держфінпослуг.

Така вимога Закону зумовлена тим, що управитель ФФБ виду Б приймає на себе ризик щодо недостатності залучених коштів на спорудження об'єкта будівництва.

Додаткові вимоги Закон встановлює для управителя ФОН, який окрім того, що є фінансовою установою із статутним капіталом у розмірі не менше одного мільйона євро, також повинен бути емітентом сертифікатів ФОН, для чого він обов'язково має отримати дозвіл на право здійснення емісії сертифікатів ФОН, який також видає Держфінпослуг.

При цьому дозвіл на здійснення емісії сертифікатів ФОН не видається у разі, якщо емітент за підсумками останнього року мав збитки або прострочену заборгованість зі сплати податків до державного чи місцевих бюджетів або зі сплати інших обов'язкових платежів, або не здійснював господарської діяльності, або щодо емітента протягом останнього року порушувалися провадження у справі про визнання його банкрутом.

Проаналізувавши законодавство у сфері будівництва житла, можна виділити ще одну вимогу, якій мають відповідати фінансові установи, що надають фінансові послуги з довірчого управління фінансовими активами.

Згідно з Положенням про встановлення обмежень на суміщення діяльності фінансових установ з надання певних видів фінансових послуг, затвердженим розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 08.07.2004 № 1515, діяльність з адміністрування пенсійних фондів не може суміщатись із діяльністю з управління ФОН; діяльність з довірчого управління фінансовими активами не може суміщатись з будь-якими іншими фінансовими послугами; діяльність з управління ФОН не може суміщатись з діяльністю з управління активами Інститутів спільного інвестування (ІСІ); діяльність з управління ФФБ не може суміщатись з наданням будь-яких інших фінансових послуг.

Разом з тим, дія зазначеного Положення не поширюється на банки, які в силу норм ст. 47 Закону України "Про банки і банківську діяльність", мають право на підставі банківської ліцензії надавати й інші фінансові послуги.

Що ж до установників управління, то згідно з Законом ними є особи, які передають майно управителю в довірчу власність на підставі договору управління майном.

Відповідно до ч. 14 ст. 11 Закону довірителями ФФБ можуть бути фізичні та юридичні особи, а також спільний інвестор ФОН.

Власником сертифікатів ФОН також може бути будь-яка юридична або фізична особа.

Інших вимог до установників управління Закон не встановлює.

При цьому Закон визначає, що необхідною передумовою укладення договору про участь у ФФБ фізичною особою - довірителем є надання управителю підтверджуючих документів, які ідентифікують цю особу, зокрема: паспорта, довідки про присвоєння ідентифікаційного номера та заяви особи щодо її дієздатності.

Для укладення будь-якого правочину, в тому числі і договору управління майном у сфері будівництва житла, особа має володіти необхідним обсягом цивільної дієздатності.

У ч. 1 ст. 1032 ЦК України закріплено, що установником управління за загальним правилом є власник майна.

Разом з тим ст. 1032 ЦК України передбачено й винятки з цього правила, згідно з якими у випадках, коли власниками майна є малолітні особи, фізичні особи, які визнані недієздатними та фізичні особи, цивільна дієздатність яких обмежена, установниками управління відповідно є опікун, орган опіки та піклування або піклувальник.

Таким чином установником управління за договором управління майном у сфері будівництва житла може бути фізична особа, яка володіє повною цивільною дієздатністю або неповнолітня особа за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників.

У випадку, коли установниками управління є опікун, орган опіки та піклування або піклувальник, то відповідно малолітня особа, фізична особа, яка визнана недієздатною або фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, на нашу думку, мають виступати у договорі про участь у ФФБ вигодонабувачами.

У законодавстві немає обмежень щодо укладення договору управління майном співвласниками, яким майно належить на праві спільної часткової або сумісної власності. При цьому, виходячи із положення ст. 396 ЦК України, на укладення такого договору необхідна згода усіх співвласників.

Установником управління може бути також юридична особа. Враховуючи те, що така юридична особа має бути власником майна, яке передається в управління, то підприємства, за якими майно закріплене на праві господарського відання чи оперативного управління, не можуть бути установниками управління.

Спільний інвестор ФОН як установник управління – це цілісна спільність власників сертифікатів ФОН, від імені яких виступає управитель ФОН.

Отже, до управителя за договором управління майном у сфері будівництва житла ставляться такі загальні вимоги:

- ✓ фінансова установа, яка отримала свідоцтво про реєстрацію фінансової установи;
- ✓ наявність відповідного дозволу (для банків) або ліцензії (для інших управителів),
- ✓ статутний капітал має складати не менше одного мільйона євро та повинен бути повністю сплачений виключно грошовими коштами до початку залучення коштів від установників управління майном;
- ✓ заборона суміщення діяльності з управління грошовими коштами у сфері будівництва житла з наданням будь-яких інших фінансових послуг (окрім банків),

та такі додаткові вимоги:

- ✓ дозвіл на прийняття на себе комерційних ризиків – для управителя, який має на меті здійснювати управління ФФБ виду Б;
- ✓ дозвіл на право здійснення емісії сертифікатів ФОН – для управителя ФОН.

Установниками управління можуть бути фізичні особи, які володіють повною цивільною дієздатністю або неповнолітні особи за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників, а також юридичні особи, які є власниками (співвласниками) майна, що передається в управління.

БУДІВЛІ (СПОРУДИ) ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН.

Поляник К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Основний критерій будівлі споруди законодавець визначає через призму ознак властивих нерухомості - неможливість переміщення в просторі без знецінення або зміни призначення об'єкта нерухомості.

Але цей критерій стосується всіх видів нерухомості, незалежно від їх виду. Водночас представляє інтерес аналіз правового режиму будівель, споруд як об'єктів нерухомості. Останні можна диференціювати за функціональним призначенням. Будівлі, споруди можуть за призначенням бути:

- ✓ промислового характеру;
- ✓ житловим фондом;
- ✓ соціально-культурного призначення;
- ✓ спеціального призначення (охорона здоров'я, навчальноосвітні заклади);
- ✓ військово-оборонного призначення;
- ✓ розважальні об'єкти нерухомості (казино);
- ✓ будівлі транспортної інфраструктури;
- ✓ інші будівлі, споруди.

Функціональне призначення будівлі, споруди має важливе значення для визначення її правового режиму в динаміці. Адже віднесення тої чи іншої будівлі, споруди як виду нерухомості до відповідної категорії впливає на можливість бути предметом вільної купівлі-продажу. Так будівлю залізничного вокзалу не можна розглядувати як об'єкт нерухомості без врахування залізничної інфраструктури.

Термін будівля, споруда широко використовується в законодавчих актах, які регулюють відносини власності та пов'язані з ними речові права, а також в зобов'язальному праві, предметом яких є нерухомість. Так, §4 гл.58 ЦК України присвячений регулюванню найму будівлі або іншої капітальної споруди. Визначається форма договору найму будівлі або іншої капітальної споруди, вимога щодо державної реєстрації договору найму названих об'єктів, порядок передання будівлі або іншої капітальної споруди у найм. Але в більшості випадків законодавець використовує термін об'єкти нерухомості.

Останній є узагальнюючим стосовно всіх об'єктів визначених законодавством. Але в нормативних актах, які регламентують статистику і динаміку правовідносин об'єктом яких є нерухомість вживають різні поняття, що характеризують окремі види нерухомих речей. Крім цього правовий режим нерухомості, в передбачених законом випадках може поширюватися на об'єкти, які не є нерухомістю в розумінні критеріїв, визначених законом.

В контексті регулювання правового режиму об'єктів нерухомості важливе значення мають об'єкти незавершеного будівництва. Так звані довгобуди становлять значну кількість серед об'єктів незавершеного будівництва. Тому необхідно чітко врегулювати статус зазначених об'єктів. Поняття «об'єкт незавершеного будівництва» по різному трактується законодавством та юридичній літературі. Більшість дефініцій зводяться до виокремлення таких чинників: 1) будівельні матеріали; 2) об'єкт незавершеного будівництва; 3) будівельні матеріали разом з об'єктом незавершеного будівництва.

Аналіз нормативної бази, практики свідчить, що в одних випадках об'єкт незавершеного будівництва є предметом договірних відносин, в інших - новоствореним об'єктом (новоствореним майном), право власності на який незареєстровано, тобто об'єктом, який не є завершеним з причин відсутності зареєстрованого на нього права власності.

Таким чином об'єкт незавершеного будівництва розглядується як предмет зобов'язальних так і речових відносин. Тому актуальним є з'ясування правового режиму

© Поляник К., 2011

об’єктів незавершеного будівництва. Останні є проміжним етапом на шляху до створення будівлі, споруди як об’єкта нерухомості. Створений в результаті належного виконання договору будівельного підряду, завершений будівництвом об’єкт, прийнятий в експлуатацію набуває статусу будівлі, споруди як виду нерухомості. В правовому аспекті завершений будівництвом об’єкт припиняє правовий режим незавершеного будівництва після прийняття останнього в експлуатацію державною приймальною комісією.

Отже, правовий режим нерухомості об’єкта незавершеного будівництва виникає з моменту набуття ознак нерухомої речі пов’язаного із землею і неможливості переміщення без шкоди для його призначенню. Звідси будівельні матеріали перестають бути самостійним об’єктом правовідносин з моменту, коли стають складовою невіддільною частиною об’єкта незавершеного будівництва.

ПРАВА ІНКОРПОРОВАНІ В БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРАХ

Саванець Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цінність та значимість бездокументарних цінних паперів знаходить свій безпосередній вияв не у здійсненому зберігачем цінних паперів облікового запису на рахунку власника цінного паперу, а у сукупності прав ними посвідчених, зокрема права на отримання доходу, права на участь в управлінні емітентом, права на отримання інформації про його діяльність, права на отримання активів у разі його ліквідації. Метою набуття бездокументарних цінних паперів є створення для особи можливості володіння, користування та розпорядження усією сукупністю прав, що надаються їх власнику.

Інкорпоровані у бездокументарному цінному папері права та сам бездокументарний цінний папір знаходяться між собою у тісному та нерозривному взаємозв'язку, спричиненому неможливістю переходу до набувача бездокументарних цінних паперів прав ним посвідчених без виникнення у особи права власності на сам цінний папір або навпаки, набуття у власність бездокументарного цінного паперу без переходу до набувача прав інкорпорованих у ньому.

Відповідно до сучасної доктрини цивільного права права посвідченні цінними паперами можуть належати до зобов'язальних, речових та прав участі в акціонерних товариствах або корпоративних.

Варто зазначити, що речові права посвідчуються такою групою цінних паперів як товаророзпорядчі, права інкорпоровані в яких не становлять предмет нашого дослідження, оскільки можливість існування цієї групи цінних паперів у бездокументарній формі вітчизняним законодавством не передбачається.

Зобов'язальні права інкорпоровані в бездокументарних цінних паперах встановлюють зобов'язання їх емітента вчинити на користь їх набувача певну дію (наприклад, сплатити гроші). До бездокументарних цінних паперів, що посвідчують зобов'язальні права відносять облігації підприємств, державні облігації України, облігації місцевих позик, казначейські зобов'язання України, ощадні (депозитні) сертифікати.

Корпоративні права посвідчені бездокументарними цінними паперами є комплексними, адже включають в себе як майнові так і немайнові правомочності власника. Погляди вчених цивілістів щодо можливості виділення корпоративних прав як окремої групи прав посвідчених цінними паперами різняться: одна група науковців відносить їх до зобов'язальних прав, заперечуючи можливість існування корпоративних прав як окремої групи прав, відмінної як від речових, так і від зобов'язальних прав, представники іншої групи науковців виділяють корпоративні права як специфічний вид прав, які неможливо однозначно віднести ні до зобов'язальних, ні до речових прав.

Легальне визначення поняття корпоративних прав міститься у ГК України, Законі України „Про оподаткування прибутку підприємств" та Законі України „Про акціонерні товариства''. Різниця між цими законодавчо визначеними поняттями полягає в тому, що Закон України „Про оподаткування прибутку підприємств" визначає корпоративні права через право власності на статутний капітал або його частку, Закон України „Про акціонерні товариства" - через право власності на акції, натомість Господарським кодексом України конструкція права власності до корпоративних прав вже не застосовується, а корпоративні права пояснюються як право особи, частка якої визначена в статутному капіталі. До корпоративних прав особи – власника цінних паперів, що їх посвідчують належать: право брати участь в управлінні справами товариства, право брати участь у розподілі прибутку товариства та одержувати його частку (дивіденди), право голосу, право на отримання інформації про діяльність юридичної особи та право на отримання частини активів у разі її ліквідації.

При визначенні видової приналежності суб'єктивного цивільного права необхідно виходити зі специфіки наділених законом юридичних правомочностей управомоченої особи, кілько-

© Саванець Л., 2011

сті зобов'язаних суб'єктів, що їй протистоїть та під впливом виконання якого юридичного обов'язку досягається мета правовідносин – задоволення інтересу правоволодільця.

В юридичній літературі традиційно під речовим правом розуміють право, яке забезпечує можливість безпосереднього впливу його набувача на річ, при чому управомоченій особі у речових правовідносинах протистоїть невизначене коло зобов'язаних осіб, а під зобов'язальним правом – право, яке надає можливість його суб'єкту вимагати вчинення певної визначеної дії від іншої особи чи інших осіб, при чому управомоченій особі у зобов'язальних правовідносинах протистоїть конкретно визначена зобов'язана особа або особи. Правомочностями суб'єкта речового права є володіння, користування, розпорядження річчю, тоді як правомочностями суб'єкта корпоративного права є участь в управлінні юридичною особою, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної особи та активів у разі її ліквідації, що заперечує можливість приналежності корпоративних прав до речових прав. Правомочностями суб'єкта зобов'язального права є право вимоги вчинення певної дії боржником на користь кредитора. Якщо власнику бездокументарного цінного паперу, що посвідчує корпоративні права належить право на отримання певної частки прибутку (дивідендів) емітента цих цінних паперів, то чи прийнятною є теза, що між емітентом та власником цього цінного паперу існують зобов'язальні відносини, за якими суб'єкт права на отримання дивідендів має право вимагати виконання цього права (їх сплати) від зобов'язаної особи - емітента, а право на одержання дивідендів належить до зобов'язальних прав. З таким твердженням важко погодитись, адже сплата частини прибутку (дивідендів) на користь власника бездокументарних цінних паперів не може вважатися зобов'язанням емітента цих цінних паперів, оскільки загальні збори власників бездокументарних цінних паперів, що посвідчують корпоративні права самостійно визначають частину чистого прибутку емітента, що підлягає розподілу між ними, при чому емітент не може не виконати такого рішення, бо рішення суб'єктів корпоративних прав в даному випадку є рішенням органу юридичної особи. Емітент як юридична особа не вправі сам по собі, поза діями власників емітованих ним цінних паперів визначити сплачувати чи не сплачувати частину прибутку, при чому їх волі (на отримання дивіденду і на його сплату) співпадають. На противагу цьому, для зобов'язальних правовідносин, зміст яких становлять зобов'язальні права, характерним є наявність щонайменше двох суб'єктів, кожний з яких має самостійну волю та інтерес. Навіть якщо припустити, що з певних причин рішення загальних зборів власників бездокументарних цінних паперів про сплату частини прибутку емітента на їх користь не виконується, наприклад, внаслідок бездіяльності або умислу наглядової ради, то загальні збори можуть прийняти рішення про дострокове припинення повноважень членів наглядової ради та одночасне обрання нових членів, тобто відбувається застосування не цивільно-правових, а адміністративних способів захисту. Подібна ситуація спостерігається і щодо власників бездокументарних цінних паперів, які посвідчують корпоративні права, що не мають можливості впливу на рішення загальних зборів про виплату дивідендів через незначну кількість належних їм цінних паперів. Вимагати виконання «зобов'язання» по виплаті дивідендів в судовому порядку вони також не мають права, навіть у випадку отримання емітентом чистого прибутку у звітному році та/або нерозподіленого прибутку. І лише в тому випадку, коли загальними зборами емітента було прийнято рішення про спрямування частини прибутку на виплату дивідендів, власник корпоративних прав може вимагати їх стягнення примусово, а в інших випадках примусити емітента виплачувати дивіденди він не вправі. Проведений аналіз дає підстави дійти висновку, що право власника бездокументарного цінного паперу, що посвідчує корпоративні права на отримання частини прибутку його емітента не належить до зобов'язального права через неможливість його виконання в примусовому порядку та поширення на нього судового захисту.

З урахуванням вищезазначеного вважаємо, що корпоративні права посвідчені бездокументарними цінними паперами не належать ні до зобов'язальних ні до речових прав, і є окремою групою майнових та немайнових прав інкорпорованих у бездокументарних цінних паперах.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що права посвідчені бездокументарними цінними паперами перебувають у тісному та нерозривному взаємозв'язку із самими бездокументарними цінними паперами, та належать до зобов'язальних та корпоративних прав, при чому корпоративні права становлять окрему групу прав інкорпорованих в бездокументарних цінних паперах з властивою їм сукупністю правомочностей власника та специфікою правового захисту.

ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ

Сеник С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закриття провадження у справі – це форма закінчення цивільної справи без ухвалення рішення суду у зв'язку з відсутністю в особи права на звернення до суду чи добровільним врегулюванням спору після відкриття провадження у справі або з незалежних від учасників цивільних процесуальних правовідносин та суду обставин, наслідком якої є неможливість повторного звернення до суду у тотожній справі.

Усі підстави для закриття провадження у справі, що передбачені ст.205 ЦПК України, можна умовно поділити на групи:

1. обставини, які свідчать про відсутність у позивача (заявника) права на звернення до суду для розгляду та вирішення справи у цивільному судочинстві (ч. 1 п.п. 1, 2, 5 ст. 205 ЦПК України). У теорії цивільного процесуального права вони називаються передумовами права на подання позову (заяви) і свідчать про відсутність у особи права на звернення до суду за судовим захистом. Як правило, ці обставини існували уже на момент звернення особи до суду, але були встановлені судом лише після відкриття провадження у справі. Якщо будь-яка із цих обставин була б встановлена до відкриття провадження у справі, суддя повинен був би відмовити у відкритті провадження у справі (ч. 2 ст. 122 ЦПК України).

Зважаючи на часту зміну національного законодавства можливими є випадки, коли деякі з цих обставин можуть виникнути і після відкриття провадження у справі, але до вирішення справи по суті. Мова йде про зміну юрисдикційності справи. За загальним правилом дії процесуальних норм в часі, до юрисдикції справи повинні застосовуватись норми, які діють на момент звернення особи до суду, зміна цих норм після відкриття провадження у справі не повинна перешкоджати розгляду справи по суті і бути підставою для закриття провадження у справі.

2. обставини, які виникають після відкриття провадження у справі і свідчать про добровільне врегулювання спору про право самими заінтересованими особами на основі їх вільного волевиявлення (ч.1 п.п. 3, 4 ст. 205 ЦПК України). Цивільне процесуальне законодавство, утверджуючи дію принципу диспозитивності, надає право заінтересованим особам –позивачу, відповідачу, третій особі, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, - добровільно врегулювати спірні правовідносини між ними. Таке право може бути реалізовано шляхом здійснення відповідних розпорядчих дій - відмова від позову, укладення мирової угоди.

Разом з тим, в інтересах дії принципу законності, суд не приймає відмову позивача від позову, в якій особу представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє, не визнає мирової угоди у справі, якщо її умови суперечать закону або порушують права, свободи чи інтереси інших осіб (ч.5 ст. 174, ч.6 ст.175, п. 4 ч. 1 ст. 205 ЦПК України). Крім цього, наслідки відмови позивача від позову, стосуються лише позивача і не стосуються відповідача. Відповідач не може бути позбавлений на звернення в майбутньому до суду з аналогічним позовом до позивача.

3. обставини, які не залежать ні від волі заінтересованих осіб, ні від суду, але які виникли у ході провадження у справі (ч.1 п.п. 6, 7 ЦПК України). У разі смерті фізичної особи (мова має йти і про випадки оголошення фізичної особи померлою) або ліквідації юридичної особи, які були однією із сторін (слід поширювати цю норму і на третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору) у справі, якщо спірні матеріальні правовідносини не допускають правонаступництва, суд закриває провадження у справі. Протилежне має наслідком зупинення провадження у справі (ч.1 п. 1, 2 ст. 201 ЦПК України).

Так, відповідно до ст. 608 ЦК України зобов'язання припиняється смертю боржника, якщо воно є нерозривно пов'язаним з його особою і у зв'язку з цим не може бути виконане іншою особою. Зобов'язання припиняється смертю кредитора, якщо воно є нерозривно пов'язаним із особою кредитора. Наприклад, моральна шкода, завдана фізичній особі, відшко-

© Сеник С., 2011

довується особою, яка її завдала. Тобто право вимагати компенсації моральної шкоди пов'язано з потерпілою особою і носить особистісний характер. Якщо особа, яка пред'явила вимогу про компенсацію моральної шкоди, померла (була оголошена померлою) до ухвалення рішення суду, провадження у справі слід закривати. Якщо ж позивачу за рішенням суду присуджена компенсація моральної шкоди, але він помер (оголошений померлим), не встигнувши її одержати, то стягувана сума компенсації входить до складу спадщини і може бути одержана його правонаступниками (ч.3 ст.1230 ЦК України). Ч. 2 ст.1231 ЦК України передбачає, що до спадкоємця переходить обов'язок відшкодування моральної шкоди, завданої спадкодавцем, яке було присуджено судом зі спадкодавця за його життя.

Про закриття провадження у справі суд постановляє ухвалу. Ця ухвала може бути оскаржена. В ухвалі обов'язково зазначається підстава для закриття провадження у справі з посиланням на закон, яким керувався суд, вказівка на повернення судового збору (якщо він сплачувався), про відміну способів забезпечення позову (якщо мали місце ці процесуальні дії) тощо. Головуючий повинен роз'яснити порядок і строк оскарження ухвали. В ухвалі про закриття провадження у справі у зв'язку з укладенням мирової угоди викладається також зміст мирової угоди. Відповідно до ч.2 ст.206 ЦПК України, якщо провадження у справі закривається у зв'язку з тим, що справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства, суд повинен повідомити позивачу (заявникові), до юрисдикції якого органу віднесено розгляд даної справи. Ця інформація також має бути включена до змісту ухвали про закриття провадження у справі.

У разі закриття провадження у справі повторне звернення до суду з приводу спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав не допускається. Проте, як уже зазначалось, наявність ухвали про закриття провадження у справі у зв'язку з прийняттям відмови позивача від позову не позбавляє відповідача в цій справі права на звернення до суду за вирішенням цього спору. Отже, ухвала суду про закриття провадження у справі, яка набрала законної сили, набуває ознак обов'язковості, виключності та преюдиційності, а ухвала про закриття провадження у справі у зв'язку з укладенням мирової угоди, яка визнана судом, також ознаки виконавчості, оскільки є не тільки процесуальним, але й виконавчим документом.

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ПРЕДСТАВНИКА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Рожик Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У науці цивільного процесуального права дискутується питання про необхідність прирівняння участі суб'єктів захисту прав інших осіб у формі звернення до суду із заявами до правового становища представників. Такі тенденції пов'язані із усталенням принципу диспозитивності цивільного процесу (стаття 11 ЦПК України), у зв'язку з чим інститут захисту прав інших осіб почали розглядати як посягання на право особи на звернення до суду та ведення процесу на власний розсуд.

У науковій літературі висловлюють точку зору про те, що участь суб'єктів захисту прав інших осіб у цивільному процесі є різновидом процесуального представництва. Зокрема, таку позицію висловлювали науковець Лазько Г.З.

Неправильним є ототожнення процесуального становища суб'єктів захисту прав інших осіб з представництвом сторін і третіх осіб, на думку науковців Шакарян М.С., Добровольського А.А., Штефана М.Й.

Для того, щоб порівняти правове ставище представника та суб'єкта захисту прав інших осіб у цивільному процесі, розглянемо саме поняття представництва, та його види. Під представництвом в теорії цивільного процесуального права розуміють відношення, в силу якого одна особа виконує процесуальні дії в межах наявних в неї повноважень від імені та в інтересах особи, яка бере участь у справі, в цілях надання допомоги довірителю для захисту його прав в суді. Діяльність представника повинна бути правомірною, спрямованою на досягнення визначених наперед наслідків для довірителя. У правовідносинах представництва розрізняють зовнішні відносини, які складаються між представником та судом, і внутрішні відносини між представником та довірителем. Перші регулюються нормами цивільного процесуального права і є тільки процесуальними. У внутрішніх відносинах представництва розрізняють як процесуальні (наприклад, правовідносини з оформлення повноважень повіреного), так і матеріально-правові відносини, які виникають на основі цивільно-правових договорів. У теорії цивільного процесуального права розрізняють законне та договірне представництво.

Договірним, чи добровільним представництвом, називають представництво, що базується на домовленості між стороною в процесі і матеріально заінтересованою особою.

Більш вираженою є відмінність процесуального становища суб'єктів захисту прав інших осіб від договірного представництва. Тому назвемо основні відмінності між цими двома інститутами у цивільному процесі, та ті спільні ознаки, які їм притаманні.

Спільними рисами між інститутом договірного представництва та суб'єктами захисту прав інших осіб є наступні:

1) вони є особами, які беруть участь у справі згідно статті 26 ЦПК України, які не мають матеріально-правового інтересу у справі, тобто не є учасниками матеріального правовідношення, спір про яке розглядається в суді. Проте за ними визнається процесуальний інтерес у справі.

2) здійснюють захист прав інших осіб у цивільному процесі, тобто усі процесуальні дії та рішення суду відображається на правах та обов'язках осіб, для захисту прав та інтересів яких вони звернулися до суду.

Ознаками, які суттєво відрізняють договірного представника, від суб'єкта статті 45 ЦПК України є наступні:

1) закон не вимагає укладення будь-якого договору між стороною і суб'єктом статті 45 ЦПК України, тому відносинами, характерними для договору доручення вони не пов'язані. Представник перебуває в цивільних правовідносинах зі стороною в процесі на підставі дого-

© Рожик Ю., 2011

вору доручення, а суб'єкти захисту прав інших осіб звертаються до суду у випадках, встановлених законом.

2) судовий представник зв'язаний волею особи, яку представляє, і не може виступати проти інтересів довірителя, діє від його імені. Суб'єкти статті 45 ЦПК України діють від свого імені у випадках, передбачених законом, самостійно висловлюють свою точку зору на справу. Закон не зобов'язує їх узгоджувати свою позицію з волею сторони.

Таким чином, є суттєві відмінності між правовим становищем договірного представника і суб'єкта захисту прав інших осіб. Тому розглянемо детальніше становище законного представника у цивільному процесі.

Питання законного процесуального представництва регулюється статтями 39 та 43 ЦПК України. Проте в статті 39 ЦПК України немає визначення законного представництва, а перелічуються випадки, коли воно застосовується. Законними представниками виступають батьки, опікуни, піклувальники та інші особи, визначені законом.

Характерною ознакою законного представництва є те, що законні представники вчиняють від імені осіб, яких представляють, всі процесуальні дії, право на вчинення яких, належить представникам з обмеженнями, передбаченими законом. Законне представництво виникає на підставі закону, адміністративного чи судового акта, і його особливістю є те, що представнику не потрібно згоди особи, яку він представляє, на вчинення тих чи інших процесуальних дій. Враховуючи те, що суб'єкти захисту прав інших осіб майже не обмежені у здійсненні процесуальних прав, випадки, коли вони можуть звертатись до суду, базуються на законі, тому, очевидно, мова може йти про різновид законного представництва.

Такої точки зору дотримується науковець Лазько Г.З., яка пише, що законне цивільне процесуальне представництво – це самостійний вид цивільного процесуального представництва, який ґрунтується виключно на нормах закону, що визначає умови, підстави та цивільно-процесуальні механізми участі цивільного процесуального представника у забезпеченні та захисті цивільних прав особи. У здійсненні законного цивільного процесуального представництва особлива роль належить спеціально створеним у державі інституціям, основне призначення яких – здійснення процесуального представництва і, у зв'язку з цим, захист прав та інтересів особи. До таких органів можна віднести органи прокуратури, Уповноваженого ВР України з прав людини, органи державної влади та місцевого самоврядування.

Не можна цілком погодитись із вище запропонованим визначенням законного цивільного процесуального представництва, оскільки підставою його виникнення, крім закону, може бути ще адміністративний чи судовий акт. Проте цього також недостатньо, так, як потрібна наявність одного з юридичних фактів: спорідненість, усиновлення, встановлення опіки чи піклування тощо. Тобто, між довірителем та законним представником існують або встановлюються певні матеріальні правовідносини, що і є підставою для здійснення у цивільному процесі законного представництва. Також науковець вважає, що особлива роль у здійсненні цивільного процесуального представництва належить суб'єктам статті 45 ЦПК України, оскільки основне їх призначення – здійснення процесуального представництва. З цим не можна погодитись, оскільки названі суб'єкти є органами державної влади та органами місцевого самоврядування, діяльність яких регламентується законодавством у сфері адміністративного права, до повноважень яких віднесені певні публічні функції, а їх діяльність ґрунтується на зовсім інших принципах, ніж ті, які діють у цивільному процесуальному праві. Тому участь цих органів у цивільному процесі із заявами про захист прав, свобод чи інтересів інших осіб є швидше винятками, які чітко встановлені законом, і які зумовлені необхідністю виконання певних владних функцій засобом звернення до суду.

По суті, дотримуючись такої точки зору, науковець пропонує закріпити за органами державної влади та органами місцевого самоврядування статус безоплатної адвокатури. Проте повнолітній дієздатній особі, яка навіть належить до соціально незахищених верств суспільства, законний представник з майже необмеженими процесуальними можливостями не потрібен. Якщо особа необмежена в дієздатності її воля повинна бути визначальною. Особа не може в процесі мати менше прав, чим сторона, яка бере участь в аналогічній справі, але в якій нема захисника прав інших осіб. Крім того, непотрібно вигадувати додатковий інститут у цивільному процесуальному праві, якщо існує інститут представництва, а не покладати на орга-

ни державної влади та органи місцевого самоврядування невластиві їм функції представництва особи у цивільному процесі. З вищевказаного ми бачимо, що мета участі представника та суб'єктів статті 45 ЦПК України є абсолютно відмінними, та іншою є сама правова природа цих інститутів.

Визначимо, які спільні ознаки наявні між законними процесуальними представниками та суб'єктами захисту прав інших осіб:

1) це ті ж спільні ознаки, які ми зазначали, говорячи про договірне процесуальне представництво, а саме, вони не є учасниками спірного матеріального правовідношення, не мають суб'єктивної матеріальної заінтересованості в розглядуваній справі. Діють для захисту прав інших осіб, тому результати їх процесуальної діяльності завжди відображаються на правах та інтересах, що належать іншим суб'єктам;

2) зближує законного представника та суб'єкти статті 45 ЦПК України те, що повноваження на участь у справі вони отримують на підставі закону, а не на підставі договору доручення;

3) діють у цивільному процесі без згоди особи, яку представляють, на вчинення тих чи інших процесуальних дій.

Можна виділити також ознаки, які суттєво відрізняють законного процесуального представника та суб'єктів захисту прав інших осіб, а саме:

1) законний процесуальний представник виконує в процесі правомочності особи, яку представляє, оскільки його участь в процесі обумовлюється наявністю визначеного матеріального зв'язку з довірителем. Це може бути цивільне правовідношення, яке виникає з сімейних правовідносин тощо. Суб'єкти статті 45 ЦПК України не мають жодних матеріальних правовідносин із стороною у цивільному процесі;

2) у зв'язку з тим, що між довірителем та законним процесуальним представником існує певний матеріально-правовий зв'язок, законне представництво припиняється, якщо передбачена законом підстава для законного представництва втрачає актуальність. Наприклад, повноваження батьків, як законних опікунів припиняються з моменту досягнення дитиною повноліття, і згодом вони можуть брати участь у цивільному процесі лише за згодою дитини та на основі наданих їм повноважень. У той час, як випадки участі суб'єктів статті 45 ЦПК України визначаються законом, і немає іншого юридичного факту, який би обумовлював припинення участі суб'єкта захисту прав інших осіб у цивільному процесі;

3) законний процесуальний представник завжди виступає не від свого імені, а від імені довірителя. Суб'єкти захисту прав інших осіб завжди виступають від свого імені.

Отже, є суттєві ознаки, за якими ми відрізняємо законного процесуального представника у цивільному процесі від суб'єкта статті 45 ЦПК України.

Таким чином, порівнявши органи місцевого самоврядування (інші суб'єкти статті 45 ЦПК України) з процесуальними представниками, ми зробили висновок про неможливість прирівняння їх у правовому становищі у цивільному процесі.

ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ) ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ

Тарасенко Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливим етапом будь-яких договірних зобов'язань є їх припинення. На теоретичному рівні питання припинення договору найму транспортного засобу практично не розглядалося. Науковці розглядають лише досить поверхово підстави припинення договору найму загалом.

Це зумовлює актуальність даного наукового дослідження.

Підстави припинення договору найму передбачені у ЦК України. Це, зокрема, загальні підстави припинення будь-якого зобов'язання (глава 50 ЦК України) та спеціальні підстави припинення, передбачені загальними положеннями про найм (ст.ст.781-784 ЦК України).

Найбільш поширеним способом припинення договору найму, зрештою, як і будь-якого іншого договірного зобов'язання, є виконання, проведене належним чином. На це вказують і науковці, як радянського періоду, а саме Новицький І.Б., Лунц Л.А., Толстой В.С., В.Ансон, Гавзе Ф.І., Красавчіков О.А., Йоффе О.С. та інші, так і сучасники - Луць В.В., Дзера О.В., Коссак В.М. та інші.

Виконання договору найму транспортного засобу полягає у виконанні сторонами своїх обов'язків за договором. Виконання повинно бути проведено належним чином обома сторонами, оскільки договір найму транспортного засобу є двосторонньо зобов'язуючий. Можна стверджувати, що договір найму транспортного засобу вважається припиненим у разі, якщо наймач повернув майно наймодавцеві у встановлений договором строк в належному стані, оплативши користування майном в розмірі, встановленому договором. Наймодавець натомість зобов'язаний прийняти річ від наймача.

Проте наймач може не повернути транспортний засіб після закінчення дії договору найму, а продовжувати користуватися ним. В такому разі до відносин найму транспортного засобу слід застосовувати ст.764 ЦК України, відповідно до якої якщо наймач продовжує користуватися майном після закінчення строку договору найму, то, за відсутності заперечень наймодавця протягом одного місяця, договір вважатиметься поновленим на строк, який був раніше встановлений договором.

Також наймодавець може не вчинити дій, які необхідні для прийняття належного виконання, що вчиняється наймачем. Наприклад, наймач після закінчення строку дії договору бажає повернути транспортний засіб наймодавцеві, а останній не вчиняє необхідних для прийняття дій. Наявність таких дій (бездіяльності) збоку наймодавця має важливе значення, оскільки від того, хто саме прострочив виконання зобов'язання, залежить, хто нестиме відповідальність за випадкову втрату або пошкодження речі.

Крім того, для того, щоб виконання зобов'язання збоку наймача було проведено належним чином, він зобов'язаний повернути транспортний засіб у належному технічному стані або в іншому стані, який обумовлений в договорі найму. В протилежному випадку наймодавець має право вимагати відшкодування збитків, які заподіяні транспортному засобу. Варто звернути увагу на те, що наймодавець не має права відмовитися від прийняття транспортного засобу від наймача, який перебуває в неналежному технічному стані або який є пошкодженим. Такий висновок випливає з аналізу положень, які містяться у ст.ст.779, 803 ЦК України. В цих статтях наймодавцеві загалом і наймодавцеві транспортного засобу зокрема надається право вимагати від наймача відшкодування збитків, завданих наймодавцеві у зв'язку з втратою чи пошкодженням речі (транспортного засобу).

Ще однією підставою припинення договору найму транспортного засобу є смерть фізичної особи – наймача, якщо інше не передбачено законом або договором.

Найчастіше ця підстава може застосовуватися у відносинах найму наземного самохідного транспортного засобу, оскільки стороною саме в цих відносинах найчастіше виступає фізична особа. Таким чином, за загальним правилом у разі смерті фізичної особи – наймача дого-

© Тарасенко Л., 2011

вір найму транспортного засобу припиняється. Проте інше може бути встановлено законом або договором. В законі не передбачено винятків з цього правила на даний час. Договором найму може бути передбачено, що у разі смерті наймача право користування транспортним засобом переходить до іншої особи, наприклад, до дружини наймача. В протилежному випадку володіння транспортним засобом іншою особою (навіть близьким родичем наймача, який помер) вважатиметься таким, що є без відповідної правової підстави, і до цих відносин підлягатиме застосуванню глава 83 ЦК України.

Зокрема, у справі за позовом товариства з обмеженою відповідальністю до громадянки К. про стягнення заборгованості по орендній платі за договором найму автомобіля суд відмовив в задоволенні позову, оскільки було встановлено, що відповідач користувався транспортним засобом без відповідної правової підстави. А саме, суд встановив, що між позивачем та чоловіком відповідачки було укладено договір найму транспортного засобу, який був нотаріально посвідчений. Після смерті наймача, відповідач користувалася автомобілем за усною домовленістю з позивачем. Таким чином, суд прийшов до правильного висновку, що договір найму, укладений між чоловіком відповідача та позивачем був припинений на підставі ст.781 ЦК України.

Слід зазначити, що смерть фізичної особи - наймодавця не припиняє договору найму транспортного засобу і до даних відносин слід застосовувати ст.770 ЦК України щодо правонаступництва у разі зміни власника речі, переданої у найм.

Ще однією підставою припинення договору найму транспортного засобу є ліквідація юридичної особи, яка була наймачем або наймодавцем. Ліквідація означає припинення юридичної особи без правонаступництва.

Варто зазначити, що ліквідація як юридичної особи – наймача, так і юридичної особи – наймодавця є підставою для припинення договору найму.

Враховуючи, те, що транспортний засіб – це рухоме майно, яке має значну цінність (особливо повітряні та морські судна), його власник (наймодавець) бажатиме повернути належне йому майно з метою задоволення вимог кредиторів або у разі їх відсутності для повернення його учасникам, якщо інше не встановлено установчими документами юридичної особи – наймодавця або законом. Оскільки обов'язки по управлінню справами юридичної особи, що ліквідується переходить до ліквідаційної комісії, саме на неї і покладатиметься обов'язок повернути майно (втому числі і транспортні засоби), надані в користування іншій особі. Крім того, ліквідаційна комісія повинна стягнути з наймача транспортного засобу плату за користування майном, якщо строк виконання зобов'язання настав. Правовою підставою для цього є ч.4 ст.60 ГК України, що ліквідаційна комісія вживає необхідних заходів щодо стягнення дебіторської заборгованості суб'єкта господарювання, який ліквідується.

У разі ліквідації юридичної особи – наймача за договором найму транспортного засобу, ліквідаційна комісія повинна повернути транспортний засіб його власникові (наймодавцеві), повідомивши також про припинення юридичної особи – наймача. Такий висновок можна зробити з аналізу ч.4 ст.105 ЦК України, ч.4 ст.60 ГК України.

Ще однією підставою для припинення договору найму транспортного засобу є невнесення плати за користування річчю протягом трьох місяців підряд. Зокрема, в цьому випадку наймодавець має право відмовитися від договору найму і вимагати повернення транспортного засобу. Ця підстава є досить поширеною, оскільки на практиці досить часто виникають ситуації, коли наймачі транспортних засобів не вносять плату за користування майном.

В теорії цивільного права висловлюються різні думки з цього приводу. Зокрема, на думку Отраднової О.О. при припиненні договору найму внаслідок односторонньої відмови звернення з позовом до суду не вимагається. Інших аспектів цієї підстави припинення договору найму автор не аналізує. Йоффе О.С. з цього приводу зазначає, що в разі невнесення наймачем плати за користування річчю протягом трьох місяців підряд, наймодавець має право на стягнення заборгованості по орендній платі і має право розірвати договір. Варто погодитися з Лепех С.М., яка зазначає, що відмова від договору – це різновид оперативної санкції за порушення зобов'язання (в даному випадку – за несплату орендних платежів), яку кредитор має право застосувати власними діями, в позасудовому порядку та без попереднього пред'явлення претензії боржникові.

Отже, правом на відмову від договору найму транспортного засобу наймодавець наділяється лише тоді, коли наймач не вносить взагалі жодної плати протягом трьох місяців поспіль. Якщо наймач вноситиме кошти за користування не в повному обсязі протягом трьох місяців підряд або не вноситиме плату протягом більш як три місяці, але не підряд, тобто він перериватиме оплатою повністю або частково вказаний в законі тримісячний строк, наймодавець не має права відмовитися від договору найму. Судова практика теж підтверджує вищезазначену позицію, що наймодавець має право на відмову від договору лише, якщо наймач не вносить плату за користування майном в повному обсязі протягом тривалого часу (не менше як три місяці підряд).

Припинення договору найму слід пов'язувати з моментом отримання наймачем повідомлення від наймодавця про відмову від договору. Така позиція є правильною і зумовлена тим, що протягом часу між надісланням повідомлення і його отриманням наймачем може пройти певний проміжок часу, протягом якого наймач має можливість використовувати транспортний засіб, за що відповідно нараховується плата.

В такому разі договір найму вважатиметься припиненим з наступного дня, після отримання такого повідомлення (керуючись положеннями про строки, які містяться в ЦК України).

Крім того, до отримання наймачем такого повідомлення про відмову від договору володіння та користування транспортним засобом вважатиметься правомірним, що унеможливлює застосування до наймача штрафних санкцій, передбачених законом чи договором. Зокрема, відповідно до ч.2 ст.785 ЦК України наймодавець має право вимагати від наймача, який не виконує обов'язок по поверненню речі, сплати неустойки в розмірі подвійної плати за користування річчю за час прострочення.

В окремих випадках наймач може ухилятися від отримання повідомлення наймодавця про відмову від договору. В такому разі договір найму слід вважати припиненим з дня, коли наймач розпочав ухилятися від прийняття такого повідомлення від наймодавця.

Отже, моментом припинення договору найму у випадку надіслання наймодавцем повідомлення про припинення договору слід вважати наступний день, після отримання такого повідомлення, або наступний день після того, як наймач почав ухилятися від отримання такого повідомлення.

В даному випадку законодавець вживає поняття «відмова від договору», а не «розірвання договору» чи «припинення договору». За своєю суттю відмова від договору є підставою для припинення договірного правовідношення. За загальним правилом одностороння відмова від зобов'язання не допускається, проте винятки можуть встановлюватися в законі або в договорі. Зокрема, таким винятком є передбачене ст.782 ЦК України право наймодавця відмовитися від договору.

Це безумовне право, яке наймодавець має змогу реалізувати за наявності умов, передбачених вищезазначеною статтею.

Відмову від договору, як і його розірвання, слід розглядати як дострокове припинення договірних зобов'язань з ініціативи однієї із сторін. Варто погодитися з Коссаком В.М., який зазначає, що вищезазначені підстави дострокового припинення договірних зобов'язань є наслідком невиконання чи неналежного виконання однією із сторін своїх договірних обов'язків або зумовлені обставинами форс-мажорного характеру. В даному випадку наймач не виконує свого обов'язку щодо внесення плати за користування майном впродовж тривалого часу.

Підстави для розірвання договору найму транспортного засобу передбачені ст.ст.783, 784 ЦК України. Закон розрізняє підстави для розірвання договору з ініціативи наймодавця та з ініціативи наймача.

Водночас положення про найм транспортного засобу не передбачають спеціальних підстав розірвання договору найму транспортного засобу, підстав відмови від договору. Тому до відносин найму транспортного засобу слід застосовувати загальні положення про найм з урахуванням особливостей, які притаманні саме відносинам найму транспортного засобу.

Зокрема, однією з підстав для розірвання договору найму на вимогу наймодавця є використання речі наймачем всупереч умовам договору або призначенню речі. Призначенням транспортного засобу є здійснення перевезення пасажирів чи вантажу. Більше того, діяль-

ність, пов'язана з використанням транспортного засобу, є джерелом підвищеної небезпеки як його володільця, так і для третіх осіб.

Транспортний засіб повинен бути придатний для перевезення та відповідати вимогам, які встановлені законом, щодо технічного стану. Всі ці ознаки транспортного засобу повинні враховуватися при визначенні, як саме наймач використовує транспортний засіб та чи відповідає це призначенню речі. Зокрема, неможна використовувати легковий автомобіль для перевезення вантажів, що вагою та розміром перевищують встановлені технічною документацією показники. Ці ж вимоги стосуються і інших видів транспортних засобів – повітряних, морських суден, вагонів тощо.

Правом на розірвання договору найму наділяється також наймач в разі передання йому речі, якість якої не відповідає умовам договору або призначенню речі. Знову ж таки, транспортний засіб, який передається у найм, повинен бути у технічно-справному стані, якщо інше не передбачено договором. Ця позиція вже обґрунтовувалася у попередній главі. Водночас, в договорі сторони можуть домовитися, що транспортний засіб передається у найм з недоліками, зокрема у несправному стані повністю або частково.

Як свідчить судова практика, передання транспортного засобу у технічно-несправному стані, є не тільки підставою для розірвання договору найму, а й підставою для несплати орендних платежів, незалежно від того, чи наймач ставить вимогу про розірвання договору. Правовою підставою зазначеної позиції є ч.6 ст.762 ЦК України, оскільки наймач не має змоги використовувати транспортний засіб, переданий йому в користування, через обставини, за які він не відповідає.

Близькою до вищезазначених підстав розірвання договору найму для наймодавця є створення загрози пошкодження речі внаслідок недбалої поведінки наймача. Якщо недбало ставитися до транспортного засобу (не підтримувати його в належному технічному стані, недбалі дії щодо керування транспортним засобом, неналежні умови зберігання тощо), то може бути заподіяна шкода не лише самому транспортному засобу, а й його володільцеві або третім особам.

У зв'язку з цим в літературі автори досить часто звертають увагу на відповідальність за шкоду, яка заподіяна джерелом підвищеної небезпеки, до яких належить і використання транспортних засобів. Зокрема, на думку Антимонова Б.С. використання автомобіля, мотоцикла, моторного човна, повітряного судна не перестає бути джерелом підвищеної небезпеки як у випадках використання їх для виробничих потреб, так і для задоволення особистих споживчих цілей.

На думку Кархальова Д.Н., транспортний засіб ніколи повністю людиною не контролюється, наприклад, не можна миттєво зупинити автомобіль або будь-який інший транспортний засіб.

Таким чином, діяльність, пов'язана з використанням транспортного засобу, може заподіяти шкоду не лише орендованому транспортному засобу, а й життю, здоров'ю або майну наймача чи третіх осіб. Наприклад, недбале ставлення наймача до керування наземним самохідним транспортним засобом призводить до неодноразових порушень правил дорожнього руху та може заподіяти шкоду життю, здоров'ю або майну його самого чи третіх осіб.

Також наймач повітряного або морського судна може своїми діями періодично створювати небезпечні для життя чи здоров'я пасажирів або екіпажу ситуації внаслідок невмілого керування цим транспортним засобом, або небезпеку заподіяння іншої шкоди третім особам. Особливо небезпечною може бути діяльність, пов'язана з використанням саме повітряних чи морських суден, розмір шкоди, заподіяної третім особам внаслідок недбалої поведінки наймача, може бути досить значним.

Крім того, недбала поведінка наймача може спричинити смерть багатьох людей, як тих, які користуються послугами, що надаються наймачем, так і інших, які такими послугами не користуються (падіння повітряного судна на житловий масив).

Таким чином, варто доповнити положення, які містяться в ЦК України, щодо права наймодавця транспортного засобу розірвати договір найму. Зокрема, ст.804 ЦК України слід доповнити частиною другою наступного змісту: «Наймодавець має право вимагати розірвання договору найму транспортного засобу, якщо наймач своєю недбалою поведінкою, пов'язаною

з використанням транспортного засобу, створює загрозу заподіяння шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб або самого наймача».

Отже, підставами припинення договору найму транспортного засобу є підстави припинення будь-якого зобов'язання, а також підстави припинення договору найму загалом.

Положення ЦК України, які врегульовують відносини найму транспортного засобу, не містять додаткових підстав припинення договору найму транспортного засобу. Водночас не всі положення закону щодо припинення договору найму транспортного засобу є досить чіткими та зрозумілими. У зв'язку з цим окремі норми підлягають правильному тлумаченню на підставі комплексного аналізу норм, які містяться в ЦК України.

ПОРЯДОК ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ В УКРАЇНІ.

Фортуна Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розширення зовнішньоекономічних і культурних зв'язків між країнами є характерною ознакою нашого часу. Міжнародні відносини набувають все більшого значення так як держави, регіони та цілі континенти стають ближчими одне до одного. Ця об'єктивна тенденція знаходить своє відображення в концепції глобалізації як домінантної тенденції розвитку міжнародних відносин.

Порядок визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні регулюється розділом 8 Цивільного процесуального кодексу України. Відповідно до Цивільного процесуального кодексу України розгляд клопотань про надання дозволу на приведення до виконання рішень іноземних судів віднесено до компетенції районних, районних у містах, міських та міськрайонних судів, а не апеляційних судів Автономної Республіки Крим, апеляційних судів областей, міст Києва і Севастополя, як це було раніше передбачено Законом України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів».

В літературі виділяють такі системи виконання рішень іноземних судів, а саме система екзекватури; система, при якій здійснюється перевірка правильності рішення, що підлягає визнанню та виконанню з формальної точки зору, а також встановлення його не відповідність публічному порядку держави суду; система, при якій необхідна реєстрація рішення, що підлягає визнанню і виконанню, винесених в державах, які надають взаємність у відношенні виконання рішень у спеціальному реєстрі; система англо-американського загального права, за якою іноземне судове рішення є основою для нового судового розгляду, при якому іноземне рішення створює презумпцію для того, на чию користь воно винесено.

Законодавство України виділяє два види визнання та виконання рішень іноземного суду, а саме: визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню та визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню.

Питання визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню, регулюється главою 1 розділу 8 Цивільного процесуального кодексу України, Законом України «Про виконавче провадження» та міжнародними договорами, які належним чином ратифіковані. Питання визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, регулюється главою 2 розділу 8 Цивільного процесуального кодексу України та міжнародними договорами, які належним чином ратифіковані.

Визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню здійснюється, якщо вказівка є в самому тексті міжнародного договору. Наприклад, в ст. 17 Договору між Україною та Китайською Народною Республікою від 31.10.1992р. міститься посилання на обов'язковість виконання рішень судів Держав, то тоді застосовуються правила, передбачені статтями 390-398 Цивільного процесуального кодексу України. Якщо такого або подібного застереження в міжнародному договорі немає, то застосовуються правила, передбачені в статтях 399-401 Цивільного процесуального кодексу України.

Справи про визнання та виконання рішень іноземних судів підсудні судам загальної юрисдикції. Принцип територіальної підсудності передбачений Цивільному процесуальному кодексі України (ст.392), а саме питання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду на клопотання стягувача розглядається судом за: місцем проживання (перебування) боржника; місцезнаходженням боржника; місцезнаходженням в Україні майна боржника у випадку, якщо боржник не має місця проживання (перебування) або місцезнаходження на території України, або його місце проживання (перебування) чи місцезнаходження невідоме.

З метою отримання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду подається клопотання до суду з дотриманням вимог та правил щодо територіальної підсудності. Таке клопотання може подаватися: безпосередньо стягувачем; в порядку, встановленому міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; через орган державної

© Фортуна Т., 2011

влади України, якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, передбачено подання клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду через такі органи, то суд приймає до розгляду клопотання, що надійшло.

Таке клопотання має подаватися обов'язково у письмовій формі та містити відомості щодо: ім'я (найменування) стягувача або його представника (якщо клопотання подається представником), зазначення їхнього місця проживання (перебування) або місцезнаходження; ім'я (найменування) боржника, зазначення його місця проживання (перебування), його місцезнаходження чи місцезнаходження його майна в Україні; мотиви подання клопотання.

До клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду додаються документи, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, не визначено перелік документів, що мають додаватися до клопотання, або за відсутності такого договору до клопотання додаються такі документи: засвідчена в установленому порядку копія рішення іноземного суду, про примусове виконання якого подається клопотання; офіційний документ про те, що рішення іноземного суду набрало законної сили (якщо це не зазначено в самому рішенні); документ, який засвідчує, що сторона, щодо якої винесено рішення іноземного суду і яка не брала участі в судовому процесі, була належним чином повідомлена про час і місце розгляду справи; документ, що визначає, в якій частині чи з якого часу рішення іноземного суду підлягає виконанню (якщо воно вже виконувалося раніше); документ, що посвідчує повноваження представника стягувача (якщо клопотання подається представником); засвідчений відповідно до законодавства офіційний переклад перелічених документів українською мовою або мовою, передбаченою міжнародними договорами України.

Суд, встановивши, що клопотання і документи, що додаються до нього, не оформлено відповідно до вимог, передбачених Цивільно процесуального кодексу України, або до клопотання не додано всі перелічені документи, залишає його без розгляду та повертає клопотання разом з документами, що додані до нього, стягувачеві (або його представникові).

Тому при поданні такого клопотання до компетентного суду за місцем знаходження боржника або його майна стягувачу як правило, доводиться обґрунтовувати, що саме цей суд є компетентним розглядати цю справу, і які саме положення Цивільного процесуального кодексу України повинні при цьому застосовуватися. Подаючи клопотання, стягувач повинен виконати вимоги як ст.393 Цивільного процесуального кодексу України, так і ст.35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Відповідно до ст.395 Цивільного процесуального кодексу України про надходження клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду суд у п'ятиденний строк письмово повідомляє боржника і пропонує йому у місячний строк подати можливі заперечення проти цього клопотання. Після подання боржником заперечень у письмовій формі або у разі його відмови від подання заперечень, а так само, коли у місячний строк з часу повідомлення боржника про одержане судом клопотання заперечення не подано, суддя постановляє ухвалу, в якій визначає час і місце судового розгляду клопотання, про що стягувач і боржник повідомляються письмово не пізніше ніж за десять днів до його розгляду.

За заявою стягувача або боржника і за наявності поважних причин суд може перенести час розгляду клопотання, про що повідомляє сторони. Неявка без поважних причин у судове засідання стягувача або боржника або їх представників, про своєчасне вручення повістки про виклик до суду яким суду відомо, не є перешкодою для розгляду клопотання, якщо будь-якою із сторін не було порушено питання про перенесення його розгляду.

Розглянувши подані документи та вислухавши пояснення сторін, суд постановляє ухвалу про: надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду; відмову у задоволенні клопотання з цього питання.

Копія ухвали надсилається судом стягувачеві та боржникові у триденний строк з дня винесення ухвали. Якщо рішення іноземного суду вже виконувалося раніше, суд визначає, в якій частині чи з якого часу воно підлягає виконанню. Якщо в рішенні іноземного суду суму стягнення зазначено в іноземній валюті, суд, який розглядає це клопотання, визначає суму в національній валюті за курсом Національного банку України на день винесення ухвали.

Як уже зазначалось, суд може або надати дозвіл на примусове виконання рішення або відмовити у такому клопотанні. Підстави для відмови у задоволенні клопотання про надання дозволу на примусове виконання іноземного рішення регулюється ст.396 Цивільного процесуального кодексу України. Клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду не задовольняється у випадках, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Якщо міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, такі випадки не передбачено, у задоволенні клопотання може бути відмовлено: якщо рішення іноземного суду за законодавством держави, на території якої воно винесено, не набрало законної сили; якщо сторона, стосовно якої винесено рішення іноземного суду, була позбавлена можливості взяти участь у судовому процесі через те, що їй не було належним чином повідомлено про розгляд справи; якщо рішення ухвалене у справі, розгляд якої належить виключно до компетенції суду або іншого уповноваженого відповідно до закону органу України; якщо ухвалене рішення суду України у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах, що набрало законної сили, або якщо у провадженні суду України є справа у спорі між тими самими сторонами, з того ж предмета і на тих же підставах до часу відкриття провадження у справі в іноземному суді; якщо пропущено встановлений міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та цим Законом строк пред'явлення рішення іноземного суду до примусового виконання в Україні; якщо предмет спору за законами України не підлягає судовому розгляду; якщо виконання рішення загрожувало б інтересам України; в інших випадках, встановлених законами України.

У випадку незадоволення клопотання судом ст.397 Цивільного процесуального кодексу України передбачає можливість оскарження в порядку та в строки, передбачені Цивільном процесуальним кодексом України, ухвали про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду або про відмову у задоволенні клопотання з цього питання. Ухвала про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду набирає законної сили відповідно до ст.223 Цивільного процесуального кодексу України. Після набрання ухвалою законної сили на підставі рішення іноземного суду, суд видає виконавчий лист, який є підставою для відкриття виконавчого провадження. Далі виконання рішення здійснюється в загальному порядку відповідно до Закону України «Про виконавче провадження».

Що стосується визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, визнається в Україні, якщо його визнання передбачено міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності за домовленістю ad hoc з іноземною державою, рішення суду якої має виконуватися в Україні. Тобто умови визнання таких рішень є тотожними умовам визнання та виконання рішень іноземного суду, які підлягають примусовому виконанню, про що йшлося вище.

Враховуючи вищезазначене пропонуємо внести зміни до ст.293 Цивільного процесуального кодексу України і додати до переліку ухвал, що можуть бути оскаржені окремо від рішення суду, ухвали про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду та ухвали про відмову у задоволенні клопотання з цього питання. Адже ухвала суду в таких справах - це єдиний вид судових рішень, якими може завершуватися розгляд клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду і іншого способу її оскарження не передбачено. Також пропонуємо внести зміни до Закону України «Про виконавче провадження» і доповнити статтю 84 частиною яку викласти в наступній редакції «До клопотання про визнання та виконання рішення іноземного суду подаються документи, що підтверджують сплату державного мита», оскільки найбільше труднощів на практиці трапляються саме на стадії виконання рішень суду.

Загалом судова практика України, яка склалась, відповідає міжнародним договорам за участю України, але необхідним є внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо належної правової регламентації питань, пов’язаних із визнанням та виконанням рішень іноземних судів. Отже, вдосконалення та належне врегулювання питання процедури визнання та виконання рішень іноземних судів на території України сприятиме належному та якісному їх вирішенню на практиці компетентними судовими органами.

ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ ПРИ ЗБІЛЬШЕННІ СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ (ДОДАТКОВОЮ) ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Цікало У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цивільним законодавством України допускається можливість залучення інвестицій у статутний (складений) капітал товариств, зокрема господарських, шляхом його збільшення. Однак достатня правова регламентація відповідної процедури сьогодні відсутня. Так, якщо порядок збільшення статутного капіталу акціонерних товариств шляхом розміщення акцій додаткової емісії досить повно регламентується Законом України «Про акціонерні товариства», Розділом IV ЗУ «Про цінні папери та фондовий ринок», а також Положенням про порядок збільшення (зменшення) розміру статутного капіталу акціонерного товариства, затвердженим Рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 22.02.2007 р. № 387, то щодо порядку укладення інвестиційних договорів про придбання частки у разі збільшення статутного капіталу товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю в законодавстві існує значна прогалина. Пунктом «б» ст. 41 та ч. 1 ст. 59 ЗУ «Про господарські товариства» зміна розміру статутного капіталу, а також встановлення розміру, форми і порядку внесення учасниками додаткових вкладів віднесені до компетенції зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю. Однак цією нормою проблема не може вважатись вирішеною, оскільки, як свідчить судова практика, загальні збори часто встановлюють такий порядок збільшення статутного капіталу, яким не враховуються права та інтереси кожного з учасників ТОВ. Відтак, існує необхідність в уніфікованому підході до вирішення цього питання. Спроба визначити відповідну процедуру на законодавчому рівні здійснена в проекті Закону України «Про товариства з обмеженою відповідальністю» № 5507, зареєстрованому 30.12.2009 р. Проте, на наш погляд, положення Законопроекту в окремих моментах потребують доопрацювання.

Як випливає з ч. 2 ст. 51 ЗУ «Про господарські товариства», установчими документами ТОВ може передбачатись, що внесення додаткових внесків учасниками може впливати на розмір їхніх часток в статутному капіталі. Таке формулювання свідчить про те, що лише статутом товариства може допускатись здійснення його учасниками інвестування шляхом внесення додаткового внеску і збільшення розміру своєї частки. На наш погляд, необхідно виділяти два шляхи здійснення інвестицій учасником за рахунок додаткового внеску. По-перше, учасник може здійснити додатковий внесок, подавши відповідну заяву товариству. По-друге, ініціатором збільшення статутного капіталу за рахунок залучення додаткових внесків може бути саме товариство.

В першому випадку вважаємо, що подана учасником заява повинна розглядатись на загальних зборах, які можуть прийняти рішення про залучення або про відмову в залученні додаткового внеску учасника. Очевидно, що при збільшенні частки одного з учасників відбувається перерозподіл (зменшення розміру) часток решти учасників у загальному співвідношенні. У зв'язку з цим обґрунтованим видається положення ч. 6 ст. 19 проекту Закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю», згідно з яким таке рішення приймається всіма учасниками товариства одноголосно. Лише після прийняття відповідного рішення, яким товариство фактично акцептує пропозицію учасника, вважаємо, повинен укладатися інвестиційний договір у формі єдиного документа. Такою ж, на наш погляд, повинна бути процедура внесення додаткового внеску третьою особою-інвестором.

Другим варіантом збільшення статутного капіталу шляхом залучення додаткових внесків учасників є прийняття загальними зборами ТОВ (ТДВ) рішення про це за ініціативою товариства. В такому випадку вважаємо, що товариство, перш ніж укладати інвестиційні договори, повинно забезпечити своїм учасникам можливість зберегти розміри їхніх часток при збільшенні статутного капіталу. Проектом Закону України «Про товариства з обмеженою від-

© Цікало У., 2011

повідальністю» це враховано: «Кожен учасник товариства має право внести додатковий вклад, що не перевищує частини загальної вартості додаткових вкладів, пропорційної розміру частки цього учасника в статутному капіталі товариства» (ч. 2 ст. 19). Однак в Законопроекті, на нашу думку, недостатньо регламентована процедура реалізації учасником свого права на збереження розміру належної йому частки. Так, в ч. 2 ст. 19 передбачено, що додаткові внески учасники можуть здійснити протягом двох місяців з дня прийняття загальними зборами учасників товариства рішення про збільшення статутного капіталу. Однак процедура повідомлення учасників про таку можливість не виписана. Згідно з ч. 2 ст. 59 ЗУ «Про господарські товариства» рішення про встановлення розміру, форми і порядку внесення учасниками додаткових вкладів вважається прийнятим, якщо за нього проголосують учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства. В Законопроекті кворум для прийняття відповідного рішення збільшений до двох третин голосів. При цьому окремі учасники все ж можуть бути відсутніми на загальних зборах, а відтак, залишитись непоінформованими про прийняте зборами рішення. У зв'язку з цим, після прийняття товариством рішення про збільшення розміру його статутного капіталу шляхом залучення додаткових внесків вважаємо за доцільне, щоб товариство надсилало письмове повідомлення кожному з його учасників про можливість здійснити додатковий внесок. Таке повідомлення повинно містити відомості, зокрема, про: суму, на яку збільшується розмір статутного капіталу; розмір внеску в межах цієї суми, який дозволить учаснику зберегти розмір його частки в статутному капіталі після збільшення останнього; строк, форму і порядок внесення цього внеску. Вимогу про таке повідомлення, на наш погляд, необхідно передбачити на законодавчому рівні з метою захисту інтересів учасників ТОВ. На сьогодні ж, оскільки така норма в українському законодавстві відсутня, пропонуємо передбачати відповідне положення в статуті.

Вважаємо, що в межах встановленого рішенням загальних зборів і вказаного в повідомленні строку учасник повинен подати товариству письмову заяву про бажання скористатись своїм правом або про відмову від нього. У разі, якщо в межах встановленого строку заява від учасника не подана, він повинен вважатись таким, який не реалізував свого права на внесення додаткового внеску.

Не пізніше місяця з дня закінчення терміну внесення додаткових внесків Проект Закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю» пропонує затверджувати підсумки внесення додаткових вкладів рішенням загальних зборів (ч. 3 ст. 19). Однак, на нашу думку, немає застережень щодо того, щоб після отримання заяв від учасників, а в разі їх неподання окремими учасниками – після спливу строку на їх подання, товариство могло запропонувати учасникам, які подали заяви про здійснення додаткових внесків, збільшити їх в межах суми, що залишилась до інвестування, з можливістю додаткового збільшення розміру своєї частки. Пропозиція учасникам збільшити розмір додаткового внеску, як видається, також повинна здійснюватись шляхом письмового повідомлення, що надсилається товариством. В повідомленні вважаємо за доцільне вказувати відомості про: частину суми, на яку збільшується статутний капітал, що залишилась до інвестування; максимально можливий розмір частки, яку отримає інвестор в обмін на інвестиції у вигляді додаткового внеску в статутний капітал; строк, форму і порядок внесення цього внеску; строк подання заяви про придбання частки. Учасник, який бажає придбати частку, зобов'язаний надіслати товариству відповідну заяву про це в межах строку, вказаного в повідомленні. В заяві необхідно вказувати розмір внеску, який додатково бажає здійснити учасник. Рішення про надання згоди на залучення такого внеску, на наш погляд, загальні збори приймати не повинні, оскільки сума, на яку інвестор збільшує свій внесок, впливає в сторону зменшення лише на розмір частки учасника, який не реалізував свого права на збереження розміру частки.

У разі якщо після реалізації права на збереження розміру частки бажання збільшити додаткові внески виявили кілька учасників, в результаті чого сума пропонованих ними внесків буде перевищувати суму в статутному капіталі, що залишилась до інвестування, вважаємо, що вибір інвесторів повинен здійснюватись на підставі рішення зборів учасників ТОВ (ТДВ).

Наступним етапом інвестування є безпосередньо укладення інвестиційних договорів між товариством та інвесторами (інвестором) про придбання частки у збільшеному статутному капіталі. Інвестиційні договори, на наш погляд, не укладаються лише у випадку, якщо жоден

учасник не виявив бажання здійснити додатковий внесок, який дозволяє зберегти розмір частки, або якщо його виявили всі учасники: в такому разі розміри часток всіх учасників зберігаються.

Підсумовуючи наведене, обґрунтованими вважаємо низку висновків:

1. Щодо порядку укладення інвестиційних договорів при збільшенні статутного капіталу товариства з обмеженою (додатковою) відповідальністю в законодавстві України сьогодні існує прогалина. Віднесення цього питання до компетенції загальних зборів вважаємо недостатнім правовим регулюванням відповідних відносин, оскільки наявною є необхідність уніфікації підходів до порядку збільшення статутного капіталу ТОВ на законодавчому рівні. Спроба вирішити цю проблему в проекті Закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю», на наш погляд, є загалом вдалою, однак вважаємо, що положення Законопроекту в окремих моментах потребують доопрацювання.

2. Виділяємо два шляхи здійснення інвестицій за рахунок додаткового внеску: а) шляхом подання відповідної заяви учасником або третьою особою товариству; б) за ініціативою товариства шляхом прийняття загальними зборами рішення про збільшення статутного капіталу за рахунок залучення додаткових внесків учасників.

3. В першому випадку для укладення інвестиційного договору за заявою учасника чи третьої особи необхідним є прийняття одноголосного рішення зборами учасників про залучення внеску. В другому – товариство, прийнявши рішення про збільшення статутного капіталу, повинно забезпечити учасникам можливість зберегти розміри належних їм часток. З цією метою доцільно надсилати учасникам письмові повідомлення, в яких зазначати розмір внеску, що дозволить зберегти розмір частки учасника. В свою чергу учасник повинен подавати товариству заяву, якою він виявляє намір здійснити додатковий внесок або відмовляється від реалізації цього права. Лише після дотримання такої процедури товариство, на наш погляд, може запропонувати учасникам збільшити розмір внеску і відповідно частки, що ними придбається, в межах суми статутного капіталу, яка залишилась до інвестування в разі, якщо не всі учасники реалізували своє право на збереження частки. В такому випадку рішення про надання згоди на залучення внеску, на наш погляд, загальні збори приймати не повинні, оскільки сума, на яку інвестор збільшує свій внесок, впливає в сторону зменшення лише на розмір частки учасника, який не реалізував свого права на збереження розміру частки.

ТЕОРІЇ СПІЛЬНОГО ЗАПОВІТУ

Шама Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Спільний заповіт подружжя є новелою українського цивільного законодавства. Вперше він одержав правове регулювання з прийняттям Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року.

Однак історично спільний заповіт виник і розвивався в рамках німецького спадкового права. Тому саме німецькі науковці і розробили теоретичні основи спільного заповіту подружжя.

Вихідною точкою при визначенні сутності спільного заповіту є те, що при складенні спільного заповіту завжди існує два розпорядження на випадок смерті. Подружжя хоч і розпоряджається спільно, але при цьому кожен односторонньо, так би мовити, сам за себе. У зв'язку з цим і постає питання про те, що ж слугує з'єднуючою ланкою між цими самостійними розпорядженнями і яким чином повинна виражатися їх єдність. Для обґрунтування цього німецькими науковцями протягом років було вироблено декілька теорій: об'єктивна теорія, яка поділяється на стару і нову; суб'єктивна теорія; теорія опосередкованого розуміння, яка поділяється на об'єднану теорію, суб'єктивну теорію з об'єктивним елементом.

1. Отже, стара об'єктивна теорія при визначенні спільності зроблених на випадок смерті розпоряджень виходить з того, що такі розпорядження повинні бути зроблені в одному документі (принцип єдності документів), при цьому кілька аркушів також розглядаються як єдиний документ. Таке розуміння розробники теорії виводять, зокрема з закону, який визначає, що сутність спільного заповіту полягає в тому, що кілька осіб роблять розпорядження на випадок смерті в одному документі. При цьому немає істотного значення зміст зроблених розпоряджень, єдність чи спільність акту волевиявлення розпоряджень чи намір того, хто розпоряджається на випадок смерті. Спільність розуміється лише як формальний критерій. Ця точка зору була згодом спростована і німецьким законодавством, і науковцями, зокрема Хіппелем та Коінгом, і на сьогоднішній день повністю відкинута як занадто формалістична.

2. Представники нової об'єктивної теорії, зокрема Музілак, розробляють принципово новий підхід до розуміння спільності зроблених розпоряджень. Спільність розпоряджень того, хто заповідає, виражається у його волі щодо єдності розпоряджень обох з подружжя, що, в свою чергу, передбачає, що кожен з подружжя, принаймні, знає розпорядження іншого. При цьому, спрямованість волі на узгодження змісту розпоряджень не вимагається. Таким чином, згідно цієї теорії спільність розпоряджень виводиться з спільного вираження волі, яка самостійно сформувалася у кожного з подружжя. Такий зв'язок між зробленими розпорядженнями не слід, однак, розглядати аналогічним вираженню волі, яка має місце при укладенні договору. При цьому, при визначенні зв'язку між зробленими розпорядженнями в більшій мірі йдеться про форму вираження волі, а для цього воля того, заповідає спільно, повинна бути зовнішньо встановлена як така. При цьому, вимагається, щоб в самому заповіті містилася чітка вказівка на взаємозв'язок зроблених розпоряджень. Єдність же документів, на противагу вищенаведеній об'єктивній теорії, розглядається лише як одна з можливих підстав для обґрунтування спільності зроблених в заповіті розпоряджень. Інші ознаки, які випливають з формулювання тексту, також можуть використовуватися для обґрунтування необхідного взаємозв'язку між зробленими розпорядженнями. Це зокрема, може бути вживання в тексті займенника «ми» або якісь інші посилання в змісті документу. Однак, якщо є сумнів щодо спільності зроблених розпоряджень, то її можна встановити за допомогою фактів, які містяться в документі, але ці факти самі по собі не можуть замінити необхідної в заповіті вказівки на взаємозв'язок зроблених в ньому розпоряджень.

3. Згідно суб'єктивної теорії, представниками якої є, зокрема Баттес, Бокс, Лянге, Кухінке, пріоритетне значення при визначенні спільності зроблених на випадок смерті розпоряджень має спрямованість волі подружжя на спільне складення заповіту, в результаті чого не-

© Шама Н., 2011

має значення де і яким чином ця воля знайшла своє вираження. При цьому, не вимагається, щоб в самому документі була якась вказівка на те, що воля осіб спрямована на спільне складення заповіту. Посилання у змісті документу – просторові, часові – та змістовний зв'язок між зробленими розпорядженнями, можуть слугувати непрямими доказами спільності цих розпоряджень. Однак необхідно, щоб один з подружжя не просто знав розпорядження другого, а й схвалив його.

4. Теорія опосередкованого розуміння:

- ✓ згідно положень об’єднаної теорії як об’єктивні, так і суб’єктивні елементи можуть обґрунтувати спільність зроблених розпоряджень. Або вимагається один документ, або – при роздільності документів – повинна бути зовнішньо встановлена воля осіб, спрямована на спільне складення заповіту;
- ✓ згідно положень суб’єктивної теорії з об’єктивним елементом визначальною є спрямованість волі на спільність зроблених розпоряджень: така воля повинна бути зовнішньо встановлення в документі. Можливими вказівками на це можуть бути: єдиний документ, вживання в тексті займенника «ми». Таке розуміння вимагає, щоб воля на спільне складення заповіту отримала в документі достатнє вираження, однак повним доказом спільності зроблених розпоряджень могли б слугувати й інші обставини, ніж ті, про які йдеться в змісті документі.

Таким чином, проаналізувавши розроблені вченими теорії спільності зроблених у заповіті розпоряджень, можна зробити такі висновки.

Спільним для всіх наведених поглядів є те, що, з одного боку, для спільного заповіту не достатньо лише єдності документів. З іншого боку, не повинно існувати спільності щодо вираженого в документі змісту розпоряджень для того, щоб можна було говорити про спільний заповіт, а достатньо того, щоб було узгодження волі осіб. Визначальною при цьому є воля, спрямована на складення спільного заповіту, яка є з’єднуючою ланкою між розпорядженнями подружжя, які просторово «розірвані». Для цього кожен з подружжя повинен знати розпорядження другого.

ПОНЯТТЯ ОБ'ЄДНАННЯ ПІДПРИЄМСТВ

Юркевич Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ст. 70 Господарського кодексу України (далі – ГК України) підприємства мають право на добровільних засадах об'єднувати свою господарську діяльність (виробничу, комерційну та інші види діяльності) на умовах і в порядку, встановлених ГК України та іншими законами.

Згідно з ст. 118 ГК України об'єднанням підприємств є господарська організація, утворена у складі двох або більше підприємств з метою координації їх виробничої, наукової та іншої діяльності для вирішення спільних економічних та соціальних завдань. Правове регулювання об'єднання підприємств забезпечують також інші нормативно-правові акти, зокрема, Закон України від 15.03.2006 № 3528-IV «Про холдингові компанії в Україні», Закон України від 21.11.95 № 437/95-ВР «Про промислово-фінансові групи в Україні», Закон України від 10.07.2003 № 1087-IV «Про кооперацію», Закон України від 17.07.97 № 469/97-ВР «Про сільськогосподарську кооперацію», Закон України від 07.12.2000 № 2121-III «Про банки і банківську діяльність» тощо. Так, наприклад, згідно з ст. 26 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» кооперативи за рішенням загальних зборів можуть на добровільних засадах об'єднуватися в об'єднання для спільного здійснення будь-якої не забороненої законодавством діяльності за галузевою або територіальною ознакою.

Об'єднання підприємств можуть утворюватися підприємствами на добровільних засадах або за рішенням органів, які відповідно до ГК України та інших законів мають право утворювати об'єднання підприємств, - Кабінету Міністрів України або, у визначених законом випадках, рішенням міністерств (інших органів, до сфери управління яких входять підприємства, що утворюють об'єднання), або рішенням компетентних органів місцевого самоврядування. Залежно від строку, об'єднання підприємств поділяються на два види: 1) ті, що утворюються на невизначений строк; 2) тимчасові об'єднання.

Об'єднання підприємств є юридичною особою. Водночас, необхідно розрізняти поняття «об'єднання підприємств» та «злиття підприємств», оскільки в першому випадку йдеться про самостійного суб'єкта господарювання, учасники якого зберігають статус юридичної особи, а в другому – про спосіб припинення юридичних осіб, в результаті якого утворюється новий суб'єкт господарювання.

Порядок державної реєстрації об'єднання підприємств визначений ст. 58 ГК України та Законом України від 15.05.2003 № 755-IV «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців».

Залежно від порядку заснування об'єднання підприємств можуть утворюватися як господарські об'єднання або як державні чи комунальні господарські об'єднання. В.О. Джуринський вказує, що у ГК України термін «господарські об'єднання» (ч. 1 ст. 119) до певної міри ототожнюється з терміном «об'єднання підприємств», вжитим у ст. 70 ГК України. На думку вищезгаданого автора, терміном «господарське об'єднання» в ГК України та в інших законах, а також у теорії господарського права та в господарській практиці доцільно позначати будь-яке об'єднання суб'єктів господарювання, а не лише об'єднання підприємств, оскільки останнє є лиш одним із видів об'єднань суб'єктів господарювання. Водночас, спірною є позиція В.О. Джуринського щодо доцільності встановлення в ГК України права громадян-підприємців об'єднуватися в господарські об'єднання як з іншими громадянами-підприємцями, так і з підприємствами. При цьому, варто погодитися з В.С. Щербиною, котрий зазначає, що з точки зору правосуб'єктності, об'єднання становить собою сукупність самостійних суб'єктів права, спільні майнові права та інтереси яких реалізує об'єднання; в теорії господарського права такі організаційні структури визначаються як господарські системи, в теорії цивільного та адміністративного права – як складні юридичні особи.

© Юркевич Ю., 2011

Підсумовуючи, слід зазначити, що окрім ГК України, поняття об’єднання підприємств дається також в деяких підзаконних нормативно-правових актах. Так, наприклад, відповідно до п. 4 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 19 «Об'єднання підприємств», затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 07.07.99 № 163, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 23.07.99 за № 499/3792 об'єднання підприємств та/або видів їх господарської діяльності - поєднання окремих підприємств та/або видів їх діяльності в одне підприємство з метою одержання доходів, зниження витрат або отримання економічних вигод у інший спосіб. При цьому, поєднання може відбуватися шляхом приєднання одного підприємства (його компонента) до іншого, придбання всіх чистих активів (деяких чистих активів), прийняття зобов'язань або придбання капіталу іншого підприємства з метою одержання контролю одним підприємством над чистими активами та діяльністю іншого підприємства. Однак, якщо об'єднання підприємств та/або видів їх господарської діяльності контролюється тією самою стороною (сторонами) до і після поєднання і цей контроль не є тимчасовим, то це не є об'єднанням підприємств та/або видів їх господарської діяльності.

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ, ЩО ПРИЄДНУЄТЬСЯ ДО ДОГОВОРУ

Яворська О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У Цивільному кодексі України (ст. 634 ЦКУ) уперше законодавчо закріплено укладення договору за приєднанням до пропонованих умов. Конструкція договору приєднання є новою для цивільного законодавства України, хоча практично такий порядок укладення договорів широко застосовувався ще до його нормативного регулювання.

Законодавче закріплення договорів приєднання в праві європейських країн датується початком XX століття і в науковій літературі оцінюється як відступ від принципу свободи договору. Принцип „свободи договору" було нормативно закріплено в першій половині XX ст. у праві багатьох країн. Найяскравіше його вираження знаходимо в німецькому праві, в якому закріплено, що укладені на законних підставах договори визнаються як такі, що мають силу закону для осіб, які їх уклали.

У процедурі укладення будь-якого договору можливим є виокремлення окремих юридичних фактів, з якими пов'язані певні правові наслідки. Порядок укладення договору розглядається як визначена правовими нормами юридико-логічна послідовність стадій встановлення цивільних прав і обов'язків, здійснених на основі погоджених дій осіб, звернених назустріч одна одній, та виражена в різноманітних способах узгодження змісту договору. Порядок укладення будь-якого договору дозволяє виділити такі стадії: оферта – пропозиція укласти договір і її акцепт – згода укласти договір на запропонованих в оферті умовах. Виокремлення в процедурі укладення цивільних договорів таких стадій, як оферта та акцепт, мали принципове значення в умовах планового ведення господарства. В умовах, коли при триваючих господарських зв'язках укладення договору було обов'язковим для однієї зі сторін, коли договір вважався укладеним з моменту прийняття замовлення до виконання, процедурні моменти його укладення мали принципове значення. У ринкових же умовах, враховуючи сучасні засоби комунікації, стадії укладення договору практично важко відстежити. Тому питання оферти та акцепту дедалі частіше стають предметом наукових досліджень і втрачають свою практичну значущість.

Законодавче закріплення формування договірних відносин за приєднанням до пропонованих умов фактично виключає можливість виділення оферти та акцепту при укладенні договорів приєднання. Адже умови такого договору встановлені однією стороною у формулярах або інших стандартних формах. Інша сторона, приєднуючись до запропонованих умов, практично здійснює конкретні дії, спрямовані на виконання договору відповідно до запропонованих умов. Так, наприклад, відбувається у сфері роздрібної купівлі-продажу: покупець акцептує публічну пропозицію продавця шляхом оплати відібраного товару. Тобто акцепт і вчинення дій на виконання договору практично співпадають у часі.

Договори приєднання мають французьке термінологічне походження. Монопольні, а відтак економічно сильніші утворення, в односторонньому порядку заздалегідь розробляли формуляри, в яких диктували свої умови, а контрагент лише приєднувався до них. В сучасний період в законодавстві багатьох європейських країн значна увага звернута на створення системи дієвих гарантій захисту прав сторони, якій пропонуються типові, стандартні умови при укладенні договорів. В рамках Європейського Союзу була схвалена Директива Ради Європи про недобросовісні умови договорів із споживачами з умовою її обов'язкової імплементації в національне законодавство країн – учасниць ЄС не пізніше 31 грудня 1994 р. В окремих країнах прийнято закони, що спрямовані на вирішення цієї проблематики: ФРН – Закон про стандартні умови договорів; Ізріїль – Закон з аналогічною назвою; Данія – Закон про договори; Франція – Закон про захист прав споживачів (Кодекс споживача); Великобританія – Закон про недобросовісні умови договорів. Правові підходи з цієї проблематики в різних країнах є досить різними, але в цілому слід зазначити, що від підприємців вимагається затверджувати ти-

© Яворська О., 2011

пові стандартні договори в адміністративних судах. Органи прокуратури вправі здійснювати нагляд за змістом стандартних договорів на предмет їх добросовісності; стандартні договори не повинні містити положень, що порушують загальні принципи права і змінюють природу договору, за яким відбулася згода сторін; в такі договори забороняється включення умов, що виключають або обмежують відповідальність за порушення договору тощо.

У національному законодавстві окремі питання складової проблеми договорів приєднання вирішуються антимонопольним законодавством та законодавством, спрямованим на обмеження недобросовісної конкуренції. Однак до повного та якісного вирішення проблеми ще далеко. Непоодинокими є випадки грубого порушення чи ігнорування інтересів сторони, що приєднується до пропонованих умов договору, за відсутності чітко продуманої системи та механізмів захисту її інтересів.

Укладення договору за приєднанням до пропонованих умов є певним відступом від розумінні суті договору як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Фактично така конструкція є своєрідним „прилаштуванням" договору до сучасних умов господарювання. Адже договори про приєднання мають застосування у сфері підприємницької діяльності. Власне як договір приєднання можуть бути охарактеризованими договір роздрібної купівлі-продажу, договір складського зберігання, страхування, договори про надання банківських послуг: (кредитний договір, договір банківського вкладу, договір банківського рахунку). Певною мірою елементи приєднання притаманні договорам перевезення транспортом загального користування, оскільки у цій сфері діють тарифи на перевезення та застосовуються інші типові умови перевезення. Спільною і водночас визначальною ознакою договорів приєднання є відсутність взаємного волевиявлення сторін при його укладенні. Лише одна сторона пропонує свої умови, інша – не може їх змінити, узгодити, вона їх приймає такими, як їй запропоновано. Вияв волі другої сторони зводиться до погодження із запропонованими умовами або договір нею на запропонованих умовах не укладається. Тобто вже на стадії укладення договору приєднання проявляється специфіка, на відміну від інших договорів, в процедурі укладення яких відслідковується взаємний вияв волі сторін.

Оскільки в договорах приєднання друга сторона не може пропонувати свої умови, то порушується баланс інтересів. А відтак, сторона, що приєднується, повинна мати законодавчі гарантії своїх інтересів при укладенні договору приєднання. Такими гарантіями є встановлені у ст. 634 ЦКУ правила про те, що договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також, якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Оцінювальне поняття „явно обтяжливі умови" позбавляє конкретності наведену правову норму. Доводити явно обтяжливий характер має сторона, яка приєднується. Сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору. Слід зауважити, що у тих випадках, якщо договір виключає чи обмежує відповідальність сторони, що пропонує договір приєднання, то в цій частині договір мав би визнаватися нікчемним.

Інший підхід використано, якщо до договору приєднується особа у зв'язку зі здійсненням нею підприємницької діяльності. Якщо така сторона заявляє вимогу про зміну або розірвання договору, то сторона, яка надала договір для приєднання, може відмовити у задоволенні вимог, якщо доведе, що сторона, яка приєдналася, знала або могла знати, на яких умовах вона приєдналася до договору.

Важливо, щоб такі гарантії послідовно реалізувалися в спеціальному законодавстві, яке врегульовує відносини сторін в окремих сферах. Тобто загалом, законодавчі гарантії мають бути підсилені саме для сторони, яка приєднується до договору. Лише за такого підходу може бути досягнута рівність сторін у договірних відносинах. Проблема укладення, виконання договорів приєднання, захисту прав особи, яка приєднується, не може розглядатися тільки як проблема цивільноправового регулювання. Ці питання – складова загальнодержавної проблеми і мають вирішуватися комплексно. Охорона і захист прав та інтересів осіб, які приєдну-

ються до договору, мають здійснюватися на загальнодержавному рівні з врахуванням економічних. соціальних та правових аспектів.

Доцільно законодавчо закріпити право сторони, що приєднується до договору, на стягнення неустойки у разі невиконання чи неналежного виконання договору її контрагентом. Така неустойка має стягуватися понад завдані збитки. На даний час в договорах роздрібної купівлі-продажу, наприклад, неустойка може бути встановлена домовленістю сторін (так звана договірна неустойка). Як свідчить практика договірних відносин така умова в договорах не фіксується. Доцільно на ці та інші випадки укладення договорів за приєднанням до пропонованих умов передбачити можливість стягнення саме законної неустойки. Її встановлення буде додатковою гарантією інтересів сторони, що приєднується до договору. Захищеність особи, що приєднується до договору, посилювалась би встановленням єдиного розміру неустойки у формі штрафу, що підлягає стягненню зі сторони, яка пропонувала умови для приєднання, у разі невиконання чи неналежного виконання нею договору приєднання. Наприклад, у разі невиконання чи неналежного виконання грошових зобов'язань, що виникають з будь-яких договорів, встановлена неустойка у формі пені (ст. 625 ЦКУ). За таким принципом доцільним було б встановлення неустойки, що підлягає стягненню зі сторони, яка пропонувала умови для приєднання, у разі невиконання чи неналежного виконання нею договорів, укладених за приєднанням до пропонованих умов.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Якубівський І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасних умовах особливої актуальності набувають питання, пов'язані із охороною прав на результати літературної, художньої, наукової та технічної творчості. Наявність в Україні ефективного механізму правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності є необхідною умовою для подальшого формування в Україні громадянського суспільства. Чимало важливих кроків у цьому напрямку в Україні вже зроблено, про що свідчить, зокрема, наявність розгалуженої системи внутрішнього законодавства про інтелектуальну власність, участь України в більшості міжнародних договорів у цій сфері тощо. Водночас, законодавство України, яке регулює відносини щодо охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності, поки що далеке від досконалості, про що свідчить наявність у ньому багатьох колізій і прогалин. Сказане повною мірою стосується такого важливого інституту права інтелектуальної власності, як авторське право. Останнє станом на сьогодні охоплює собою широке коло сфер творчої діяльності людини, починаючи від традиційних (література, музика, живопис, скульптура, архітектура і т.д.) і закінчуючи такими новітніми видами творчості, як створення комп'ютерних програм, компіляцій (баз) даних тощо.

Тривалий час основним актом законодавства України у сфері авторського права виступав Закон України „Про авторське право і суміжні права" від 23 грудня 1993 р. Проте набрання чинності Цивільним кодексом України 1 січня 2004 р. (далі – ЦК України) істотно позначилось на правовому регулюванні відносин в означеній сфері. І незважаючи на те, що після прийняття ЦК України до Закону України „Про авторське право і суміжні права" вносились зміни і доповнення, між вказаними нормативно-правовими актами продовжують і донині існувати колізії. У зв'язку із цим у судовій практиці виникали і продовжують виникати проблеми щодо правильного тлумачення і застосування законодавства у сфері авторського права. Тому на основі вивчення і узагальнення судової практики вирішення справ, які стосуються захисту авторського права, було прийнято постанову Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 р. № 5 „Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав" (далі – Постанова). Однак аналіз цього документа дозволяє виявити у ньому низку спірних положень, які, на думку автора, не в повній мірі відповідають законодавству та авторсько-правовій доктрині.

По-перше, не достатньо правильним видається вживання у тексті Постанови термінів „інтелектуальна діяльність" і „творча діяльність". Так, в абз.1 п.18 Постанови сказано, що авторське право виникає в силу факту створення інтелектуальною творчою діяльністю автора або співавторів твору науки, літератури і мистецтва.

У зв'язку із цим слід зауважити, що в доктрині авторського права однією із ознак твору є творчий характер. Тобто твір повинен бути результатом саме творчої діяльності. При цьому поняття „інтелектуальна діяльність" є ширшим, ніж поняття „творча діяльність", тобто не будь-яка інтелектуальна діяльність є творчою. Наприклад, праця редактора є інтелектуальною, але не творчою, і, як наслідок, останній не стає співавтором твору.

Сказане вище повною мірою відповідає законодавству України про авторське право. Так, відповідно до ст.1 Закону України „Про авторське право і суміжні права", автор – фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір. Згідно із ч.1 ст.13 цього ж закону, співавторами є особи, спільною творчою працею яких створено твір. Таким чином, Закон України „Про авторське право і суміжні права" в основу визначення автора (співавторів) кладе саме критерій творчого характеру його (їх) праці. До речі, у п. 26 Постанови стосовно складених творів як об'єктів авторського права сказано, що такими творами можуть бути збірники творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії, антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатами творчої праці за добором або упорядкуван-

© Якубівський І., 2011

ням змісту без порушення авторських прав на твори, що входять до них як складові частини. Тобто, на відміну від п.18, у п.26 Постанови йдеться, власне, про творчу працю без додавання терміну „інтелектуальна".

Викликає заперечення також і наведене в абз.1 п.18 Постанови положення про те, що якщо не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею. По суті, в даному випадку йдеться про свого роду „презумпцію творчого характеру інтелектуальної діяльності". Однак, чинне законодавство у сфері авторського права такої презумпції не закріплює.

По-друге, спірним є виділення в якості окремої ознаки твору як об'єкта авторського права поряд із творчим характером також оригінальності. Так, у абз.3 п.18 Постанови зазначено, що назва твору, фрази, словосполучення та інші частини твору, які можуть використовуватись самостійно, підлягають охороні як об'єкт авторського права тільки у тому випадку, коли вони є результатом творчої діяльності автора і є оригінальними. Аналогічна позиція міститься і в п.19 Постанови: проте якщо упорядкування розкладу телерадіопередач є результатом творчої праці і такий розклад відповідає критеріям оригінальності, зокрема містить авторські коментарі, анотації, художнє оформлення тощо, то його може бути визнано об'єктом авторського права.

В контексті зазначеного слід визнати, що Закон України „Про авторське право і суміжні права" дійсно в окремих випадках містить посилання на оригінальність. Так, ст.9 даного закону передбачає, що частина твору, яка може використовуватися самостійно, у тому числі й оригінальна назва твору розглядається як твір і охороняється відповідно до цього Закону. Відповідно до ст.10 Закону України „Про авторське право і суміжні права", не належать до об'єктів авторського права розклади руху транспортних засобів, розклади телерадіопередач, телефонні довідники та інші аналогічні бази даних, що не відповідають критеріям оригінальності і на які поширюється право sui-generis (своєрідне право, право особливого роду).

Проте оригінальність не може розглядатися в якості самостійної ознаки твору поряд із його творчим характером. Адже творча діяльність як різновид інтелектуальної діяльності характеризується саме тим, що вона породжує щось нове, оригінальне, невідоме до цього часу. Тому в контексті авторського права оригінальність розглядається як прояв творчого характеру праці автора. Якщо праця особи не є творчою, то вона й не може породжувати чогось оригінального. На мій погляд, в контексті авторського права творчий характер слід розглядати як ознаку самої праці автора, а оригінальність – як ознаку результату такої праці (твору). При цьому між творчим характером праці автора і оригінальністю твору існує нерозривний зв'язок. Відповідно, немає підстав розглядати творчий характер і оригінальність як окремі (самостійні) ознаки твору. Доречним буде зазначити, що, наприклад, стосовно складених творів (п.26 Постанови) та похідних творів (п.27 Постанови) про оригінальність, взагалі, не йдеться, тобто прослідковується певна непослідовність всередині самої Постанови.

Таким чином, прийняття постанови Пленуму Верховного Суду України „Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав", в цілому, є позитивним, оскільки покликане сприяти формуванню в судовій практиці єдиних підходів щодо тлумачення та застосування норм законодавства у сфері авторського права. Однак, проведений вище аналіз змісту цієї постанови дозволяє виявити у ній певні спірні положення, які потребують відповідного коригування.

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ГЕОЛОГІЧНОГО ВИВЧЕННЯ НАДР

Барабаш Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до норм ст. 14 Кодексу України про надра (далі – КУпН), одним із різновидів права надрокористування є геологічне вивчення, в тому числі дослідно-промислова розробка родовищ корисних копалин загальнодержавного значення. Така позиція законодавця зводиться до того, що виробнича діяльність з добування корисних копалин, будівництво підземних складів, тунелів й інші види використання ресурсів надр здійснюються лише після того, як виконана робота по виявленню відповідної ділянки надр і детальному її вивченню на наявність корисних копалин та можливості використання надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин. Тобто, відносини з геологічного вивчення завжди передують виникненню інших відносин користування надрами, оскільки без вивчення будови підземних частин неможливо визначити їх цільове призначення і конкретну експлуатацію. Необхідно мати на увазі, що гірничі роботи, пов'язані з використанням надр, проведені без належного попереднього геологічного вивчення, можуть несприятливо впливати на стан інших природних ресурсів (землі, лісів, вод тощо). З наведеного випливає, що саме геологічне вивчення надр – основний і пріоритетний вид надрокористування. Аналогічної думки дотримується Я. Рябченко, який вважає, що геологічне вивчення надр має особливе та першочергове значення для держави у надрокористуванні.

Правові приписи щодо проведення робіт по геологічному вивченню надр, вимог здійснення геологічного вивчення надр, державної реєстрації та обліку робіт по геологічному вивченню надр, геологічної інформації, передачі розвіданих родовищ корисних копалин для промислового освоєння, першовідкривачів родовищ корисних копалин містяться в розділі ІІ „Геологічне вивчення надр” КУпН.

Геологічне вивчення здійснюється з метою одержання даних про геологічну будову надр, процеси, які відбуваються в них, виявлення і оцінки корисних копалин, вивчення закономірностей їх формування і розміщення, з'ясування гірничо-технічних та інших умов розробки родовищ корисних копалин і використання надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин (ч. 1 ст. 37 КУпН).

У науковій літературі серед цілей, для досягнення яких направлене геологічне вивчення надр, виділяють: 1) збір відомостей про нашу планету (дані щодо земної кори); 2) пошук корисних копалин; 3) знаходження зручних місць для розміщення об'єктів людської діяльності під земною поверхнею.

Загальні цілі геологічного вивчення надр, на думку О.П. Шем'якова, полягають в отриманні визначених відомостей про побудову земної кори та природних процесів, що протікають в ній, про геолого-економічні цінності родовищ корисних копалин, гірничотехнічних, гідрогеологічних, інших умовах їх залягання і розробки, про стан та характеристики порожнин та ділянок надр, що призначені для використання з метою, не пов’язаною з видобуванням корисних копалин, про природоохоронну, історичну, культурно-естетичну та іншу унікальність мінералогічних, палеонтологічних та інших геологічних утворень, що являють цінність для заповідування та рекреації, тощо.

Не дивлячись на значну кількість норм, які регулюють використання надр для їх геологічного вивчення, КУпН не містить визначення геологічного вивчення надр. Формулювання поняття „геологічне вивчення надр” міститься у ст. 2 Закону України „Про державну геологічну службу України”, у відповідності до якої геологічне вивчення надр – це спеціальні роботи і дослідження, спрямовані на одержання інформації про надра з метою задоволення потреб суспільства. Види таких робіт та досліджень перераховуються в підзаконних нормативно-правових актах. При цьому необхідно відзначити, що в різних актах наводиться неоднозначне

© Барабаш Н., 2011

число робіт і досліджень, пов'язаних з геологічним вивченням надр. Вичерпного єдиного переліку названих робіт та досліджень не встановлено. Серед значного числа геологічних робіт та досліджень законодавець окремо визначає поняття і види геологорозвідувальних робіт, а також правові засади здійснення дослідно-промислової розробки родовищ корисних копалин.

В юридичній літературі теж не наводиться вичерпний перелік робіт і досліджень з геологічного вивчення надр. Окремі їх назви зазначаються при визначені геологічного вивчення надр. Так, геологічне вивчення надр як вид надрокористування включає проведення підприємствами, організаціями, установами геологознімальних, пошукових, геодезичних і інших розвідувальних робіт з метою отримання даних про будову надр, виявлення і оцінки корисних копалин і пошуку зручних місць для розташування під поверхнею землі різних об'єктів.

На думку Н. Р. Кобецької, геологічне вивчення надр – це дослідна робота, що має на меті відшукати і оцінити місцезнаходження корисних копалин, одержати дані про геологічну будову надр та інше.

Я. Рябченко вважає, що під геологічним вивченням надр слід розуміти комплекс пошукових і розвідувальних спеціальних робіт та досліджень з метою одержання необхідної геологічної інформації щодо визначення кількості та якості запасів корисних копалин, їх економічної цінності, геологічної будови та іншого вивчення геологічних об'єктів, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, а також гарантування при проведенні геологічного вивчення надр екологічної безпеки і охорони навколишнього природного середовища та здоров'я людей, охорони прав і законних інтересів суб'єктів геологічного вивчення надр.

У наукових працях геологічне вивчення надр розглядається також як проведення пошукових, розвідувальних і спеціальних робіт та досліджень, що здійснюються з метою одержання інформації щодо геологічної будови надр, виявлення та оцінки запасів корисних копалин, характеристик процесів, які відбуваються в геологічному середовищі тощо.

Варто зазначити, що спроби закріпити визначення поняття геологічне вивчення надр містяться в розробленому проекті КУпН від 31.01.2006 р. № 9013. У ньому йдеться про те, що геологічне вивчення надр – це проведення пошукових, розвідувальних і спеціальних робіт та досліджень, що здійснюються з метою одержання інформації щодо геологічної будови надр, виявлення та оцінки запасів корисних копалин, характеристик процесів, які відбуваються в геологічному середовищі, тощо.

Як випливає із зазначеного визначення, автор проекту КУпН Г. Б. Руденко відносить до геологічного вивчення надр наступні роботи: пошукові, розвідувальні та спеціальні роботи і дослідження. При цьому ним не наводиться перелік спеціальних робіт та досліджень, а перелік цілей, на досягнення яких спрямоване геологічне вивчення надр, залишається відкритим, незважаючи на те, що у КУпН вони чітко визначенні.

В результаті проведення геологічних робіт та досліджень одержується геологічна інформація про надра. Відповідно до норм Положення про порядок розпорядження геологічною інформацією, затверджено постановою КМУ від 13.06.1995 р. № 423 вона визначається як зафіксовані дані геологічного, геофізичного, геохімічного, аерокосмічного, економічного змісту, що характеризують будову надр, наявні в них корисні копалини, умови розробки родовищ, інші якісні і кількісні параметри та особливості надр і отримані за результатами геологорозвідувальних, геолого-екологічних, науково-дослідних, експлуатаційних та інших робіт.

Аналіз законодавства про надра та огляд теоретичних розробок відносно змісту геологічного вивчення надр як самостійного виду користування надрами дозволяє зробити певні висновки:

1) відносини з геологічного вивчення надр передують виникненню інших відносин користування надрами;

2) геологічне вивчення надр полягає у проведенні певних робіт та досліджень;

3) метою проведення робіт та досліджень, пов'язаних з геологічним вивченням надр є одержання даних про геологічну будову надр, процеси, які відбуваються в них, виявлення і оцінки корисних копалин, вивчення закономірностей їх формування і розміщення, з'ясування гірничо-технічних та інших умов розробки родовищ корисних копалин і використання надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин;

4) результатом здійснення робіт та досліджень з геологічного вивчення надр є геологічна інформація про надра.

З огляду на викладене можна визначити геологічне вивчення надр як комплекс робіт та досліджень, результатом здійснення яких є одержання даних щодо геологічної будови надр, процесів, які відбуваються в них, наявності та оцінки корисних копалин, гірничо-технічних та інших умов розробки родовищ корисних копалин і використання надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, спрямованих на подальше раціональне та цільове використання надр.

З метою вдосконалення правового регулювання відносин з використання надр для геологічного вивчення вважаємо, що КУпН, визначаючи види користування надрами, повинен закріплювати їх визначення, в тому числі й поняття „геологічне вивчення надр". У зв'язку з цим зазначений акт необхідно доповнити новим положенням, яке б відтворювало наведене вище поняття геологічного вивчення надр.

Окрім поняття геологічного вивчення надр необхідно визначити в окремій правовій нормі вичерпний перелік робіт та досліджень з геологічного вивчення надр. Так, за метою, на досягнення якої спрямовані роботи та дослідження з геологічного вивчення надр, такі роботи і дослідження можна поділити на наступні групи: 1) геологічні роботи і дослідження, направлені на отримання даних про геологічну будову надр та процеси, які відбуваються в них; 2) геологічні роботи і дослідження, спрямовані на виявлення і оцінку корисних копалин, вивчення закономірностей їх формування і розміщення, з'ясування гірничо-технічних та інших умов розробки родовищ корисних копалин (геологорозвідувальні роботи); 3) геологічні роботи і дослідження, скеровані на вивчення ресурсів надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин.

Кожна із приведених груп включає в себе відповідні різновиди, виділення яких ґрунтується на класифікації геологорозвідувальних робіт. Пояснюється це тим, що при отриманні даних про геологічну будову надр та процеси, які відбуваються в них, і вивченні ресурсів надр для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, проводиться регіональне геологічне вивчення, пошукові і пошуково-оцінювальні роботи, розвідка відповідної ділянки надр, тобто геологорозвідувальні роботи. Відрізнятимуться різновиди наведених груп робіт та досліджень з геологічного вивчення надр за цілями їх проведення.

ОХОРОНА ПРАЦІ ЯК ЕЛЕМЕНТ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Бек У.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Охорона праці є складним багатоаспектним явищем, що використовується у багатьох галузях знань. Науковці-правники розглядають його як соціальну, економічну та правову категорії. Зокрема, Д.О. Карпенко переконаний, що охорона праці має комплексний характер і відображає три взаємозумовлених аспекти, які визначають її сутність для сторін трудових правовідносин. Найперше, охорона праці має соціальне значення, що включає: а) охорону життя та здоров'я працівника; б) збереження працездатності, трудового довголіття працівника; в) гуманізацію праці. По-друге, охорона праці має економічне значення, що проявляється в таких процесах: а) скорочення втрат робочого часу та економії фонду соціального страхування, оскільки за належної охорони праці трапляється менше виробничих травм, професійних захворювань тощо; б) зростання продуктивності праці працівників, а разом із цим і зростання виробництва та розвиток економіки країни. І, нарешті, правове значення охорони праці полягає в тому, що правові норми з охорони праці сприяють можливості: а) працювати за здібностями (з урахуванням умов праці фізіологічних особливостей працюючих жінок, неповнолітніх, осіб зі зниженою працездатністю тощо); б) визначати правовий статус працівника, включаючи право на охорону праці, його гарантії та захист; в) утвердження охорони праці як важливого елемента трудових правовідносин працівника з роботодавцем (адміністрацією) у забезпеченні охорони праці на робочому місці.

Стаття 21 Кодексу законів про працю України однією із істотних умов трудового договору визначила обов’язок роботодавця забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. У зв’язку з цим у складі індивідуально-трудових правовідносин виокремлюються як окремий елемент правовідносини з охорони праці. В основі цих правовідносин проголошене у ст. 43 Конституції України право працівника на належні, безпечні і здорові умови праці.

Як елемент трудових правовідносин охорону праці розглядають у якості комплексу прав та обов’язків працівника і роботодавця, що встановлюються з метою забезпечення безпечних і здорових умов праці.

Працівники як менш захищена сторона трудових правовідносин наділені цілим комплексом суб’єктивних прав, що забезпечують їх професійну безпеку, збереження працездатності та здоров'я під час виконання трудової функції. Найпершим серед них є звичайно ж право на належні, безпечні та нешкідливі умови праці. Поряд з ним охорону праці забезпечують право відмовитися від виконання робіт у випадку виникнення небезпечних виробничих факторів, що можуть негативно вплинути на його життя і здоров'я чи інших працівників або довкілля та можливість припинення трудового договору у зв’язку з порушенням роботодавцем законодавства про охорону праці і угод про працю з цих питань. Важливими є також право на обов'язкове соціальне страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань; право на проведення незалежної експертизи умов праці; право на забезпечення засобами індивідуального та колективного захисту відповідно до вимог охорони праці за рахунок засобів роботодавця, одержання достовірної інформації про умови і охорону праці на робочому місці, про існуючий ризик пошкодження здоров'я, а також про заходи із захисту від впливу шкідливих чи небезпечних виробничих факторів та ін.

Роботодавець відповідно зобов’язаний створити у кожному структурному підрозділі та на робочому місці умови праці, що відповідають вимогам нормативних актів, а також забезпечити додержання прав працівників, гарантованих законодавством про охорону праці. Цей обов’язок є комплексом зобов’язань, які встановлені чинним законодавством, колективним та трудовим договорами і угодами.

З метою захисту здоров'я працівника на останнього також покладаються обов’язки з охорони праці. Працівник зобов’язаний знати і виконувати нормативно-правові акти з охорони праці, додержуватись правил, передбачених колективним та трудовим договорами, прохо-

© Бек У., 2011

дити обов’язкові медичні огляди і співпрацювати з роботодавцем в організації безпечних і нешкідливих умов праці. Порушення працівниками зазначених обов’язків вважається дисциплінарним проступком, відповідно роботодавець має право притягнути працівника до дисциплінарної відповідальності.

Сфера правового регулювання відносин з охорони праці розширюється та конкретизується саме у трудових договорах. У ний найбільш детально можна окреслити права і обов’язки сторін із забезпечення професійної безпеки та здоров'я, врахувати індивідуальні особливості працівника, з метою пристосування до нього його робочого місця. Очевидно, що із закріпленням обов’язкової письмової форми трудового договору, його роль як регулятора правовідносин з охорони праці лише посилюватиметься.

У зв’язку з цим заслуговує на увагу пропозиція Н.Д. Гетьманцевої зобов’язати роботодавця до примірника трудового договору обов’язково додавати атестаційний паспорт робочого місця. Тут на її думку мають бути перелічені всі характеристики умов праці, включаючи наявність небезпечних і шкідливих виробничих факторів (шуму, вібрації, випромінювання та ін.). Також повинні бути зазначені можливі санітарно-побутові та лікувально-профілактичні заходи, встановлений режим роботи і відпочинку, забезпечення працівника засобами індивідуального захисту, періодичність проходження медогляду та ін.

Попри очевидні позитивні моменти від пропонованого нововведення необхідно звернути увагу і на окремі спірні його аспекти. Зокрема, включення до цього паспорта такого великого переліку різноманітних зобов’язань може видатись звичайним дублюванням трудового і колективного договорів. Важливо, щоб при запровадженні атестаційного паспорту робочого місця у ньому були вказані лише можливі ризики для життя і здоров'я працівника. Щодо різноманітних заходів, які забезпечують професійну безпеку і відновлення здоров'я, то очевидно, що вони мають бути предметом домовленостей між працівниками і роботодавцем, а отже й здатні постійно змінюватися. Тому закріплення їх в атестаційному паспорті робочого місця певною мірою навіть обмежить гарантії і права працівника на безпечні і здорові умови праці.

Підсумовуючи, дозволимо собі наголосити що охорона праці як елемент трудових правовідносин потребує посиленого правового регулювання, з метою конкретизації прав та обов’язків сторін трудового договору й неухильного дотримання взаємних зобов’язань працівників і роботодавців.

ІНДИВІДУАЛЬНИЙ САМОЗАХИСТ ПРАЦІВНИКАМИ СВОЇХ ПОРУШЕНИХ ПРАВ

Бурак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах зародження і розвитку ринкової економіки важливим є правове забезпечення різних видів захисту порушених трудових прав та законних інтересів. Серед них важливе місце належить окремим видам самозахисту. Під самозахистом розуміємо не заборонені законом самостійні активні дії працівника без звернення або разом із зверненням в органи по вирішенню колективних трудових спорів, чи в органи по нагляду і контролю за дотриманням законодавства про працю, а також відмову працівника чи колективу працівників від виконання трудових обов'язків з метою захисту порушених прав чи законних інтересів. Підставою для здійснення самозахисту є порушення прав або законних інтересів працівника. При цьому, видається, що працівник повинен повідомити роботодавця про те, що його права порушені і про вжиття заходів для самозахисту.

Правовою основою самозахисту є положення ст. 55 Конституції України, в якій передбачено право громадян захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами.

Із змісту даної конституційної норми випливає, що самозахист не може застосовуватися лише у випадках його заборони законом. Однак вибір способів самозахисту повинен відбуватися із врахуванням вимог закону.

Серед видів самозахисту дуже важлива роль належить індивідуальним видам.

Щоб краще зрозуміти правову природу самозахисту необхідно виділити характерні ознаки, які йому притаманні як неюрисдикційній формі захисту трудових прав та законних інтересів.

Він характеризується наступними ознаками:

а) право на самозахист виникає у випадку порушення трудових прав та законних інтересів, або при виникненні перешкод в реалізації прав та інтересів;

б) це односторонні, самостійні особисті дії суб'єктів трудового право відношення по захисту належних їм прав та інтересів без звернення до юрисдикційних органів;

в) це правомірне діяння у випадках, не заборонених законом;

г) вибір способів захисту не повинен перевищувати встановлені межі самозахисту.

Суб'єктами права на самозахист є лише працівники, які вважають, що їхнє право порушене. При цьому самозахист може здійснювати і окремий працівник, а також і колектив найманих працівників. Все залежить характеру права, яке порушене. При порушенні індивідуального суб'єктивного трудового права правом на самозахист наділений окремий працівник. Окремі працівники можуть здійснювати самозахист одночасно, однак при цьому їх вимоги та дії будуть індивідуалізовані, тобто в своїй сукупності вони не носять колективного характеру. Якщо ж порушені трудові права, або законні інтереси усього колективу найманих працівників, то у такому випадку правом на самозахист наділений колектив найманих працівників. Виділення суб'єктів права на самозахист має практичне значення, оскільки дає змогу визначити види дій які можуть застосовуватися при самозахисті.

Самозахист завжди носить особистий характер і не передбачає залучення інших суб'єктів до його реалізації. Самозахист працівники не можуть доручати представникам, наприклад, профспілкам. Однак це не означає, що працівник не може скористатися послугами профспілки з метою проведення переговорів з роботодавцем для відновлення порушеного права.

Підставою для здійснення самозахисту є порушення прав або законних інтересів працівника. При цьому, видається, що працівник повинен повідомити роботодавця про те, що його права порушені і про вжиття заходів для самозахисту. При цьому факт порушення трудових прав чи законних інтересів працівника повинен повідомлятися роботодавцю у письмовій

© Бурак В., 2011

формі, так як це має місце при виникненні колективного трудового спору, коли вимоги гнайманих працівників передаються роботодавцю чи його представнику у письмовій формі.

Змістом самозахисту трудових прав є дії чи бездіяльність спрямовані на усунення порушеного права.

Чинний КЗпП України, а також проект Трудового кодексу не иімтять поняття самозахисту правникми своїх трудових прав та законних інтересів, а також випадків його застосування.

Однак на підставі аналізу чинного трудового законодавства можемо виділити два види індивідуального самозахисту працівниками своїх порушених прав та законних інтересів:

- ✓ активні дії працівника спрямовані на відновлення своїх прав, або припинення їх порушень;
- ✓ пасивні дії працівника (правомірна відмова його від виконання своїх трудових обов'язків).

До активних дій працівника з метою спмозахисту віднесемо його переговори з роботодавцем про припинення порушення його трудових прав.

До пасивних дій віднесемо:

- ✓ відмову від виконання роботи не передбаченої трудовим договором;
- ✓ відмову від роботи, яка загрожує життю і здоров'ю працівника;
- ✓ відмову від виконання роботи у випадку незаконного переведення;
- ✓ відмову від виконання роботи яка протипоказана працівнику за станом здоров'я;
- ✓ відмову працівника виконувати незаконні розпорядження роюботодавця по залученню до надурочних робіт, робіт у святкові неробочі та вихідні дні; по відкликанню його з відпустки; направлення у відрядження;
- ✓ відмову від виходуу відпустку, якщо його не попередили про це, а також у випадку невиплати заробітної плати за час відпустки у встановлені законом строки;
- ✓ розірвання трудовового договору увипадку коли роботодавець порушує законодавство про працю, умови колективного чи трудового договору.

Перелік індивідуальних дій працівника по самозахисту прав не є вичерпним, оскільки він може застосовувати і інші дії, які не заборонені законом, а також не суперечать моральним засадам суспільства.

Так, до дій по індивідуальному самозахисту можна запропонувати відмову праівника від виходу на роботу у випадку невиплати йому заробітної плати у визначені колективним договром строки.

Оскільки дії по самозахисту є праовмірними то роботодавець не може перешкоджати працівнику у здійсненню таких дій. Притягнення працівника до дисциплвнарної відповідальності в такому випадку є незаконним. Правомірна відмова працівника від виконання своїх трудових обов'язків повинна розглядатися як простій не з вини працівника. Тому у проекті трудового кодексу необхідно включити норму про збереженню за працівником середнього заробітку за весь час вчинення дій по самозахисту.

Право вибору дій по самозахисту має працівник. При цьому необхідною умовою їх вчинення є те , що вони не заборонені законом, а також не суперечать моральним засадам суспільства. Обов'язковою умовою їх здійснення є також вимога ст. 68 Конституції України про те, що кожен не може посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей.

ЕКОЛОГІЗАЦІЯ ЯК ПРИНЦИП ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України у статті 14 проголошує землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Таке конституційне визнання землі об'єктом особливої охорони державою зумовлене комплексом функцій, які виконують землі: політичну (землі в межах державного кордону є територіальною основою державного суверенітету і поширення державної влади); соціальну (землі житлової та громадської забудови є місцем розселення населення); економічну (землі сільськогосподарського, лісогосподарського призначення є основним засобом виробництва, а землі промисловості, транспорту, зв'язку, оборони, енергетики та іншого призначення є просторово-операційним базисом відповідної господарської діяльності); екологічну (землі є базовим природним об'єктом, який перебуває у безпосередньому зв'язку з іншими елементами довкілля і забезпечує збереження екологічної рівноваги в природі).

Соціальна значимість землі посилюється через те, що лише землі можуть виконувати всі вищезазначені функції разом і кожну з них зокрема. Разом з тим землям сільськогосподарського призначення притаманна унікальна природна властивість родючості, використання якої дозволяє вирощувати сільськогосподарську продукцію, що забезпечує продовольчу безпеку населення.

Оскільки землі є незамінним природним об'єктом, то саме з врахуванням вимог екологічної безпеки, раціонального та цільового використання земель, поєднання особливостей використання землі як територіального базису, природного ресурсу і основного засобу виробництва і повинні будуватися земельні правовідносини.

Варто відзначити, що всі вищенаведені положення віднесені законодавцем у статті 5 Земельного кодексу України до принципів, на яких базується земельне законодавство. Крім цих принципів, які мають, насамперед, природоохоронний публічно-правовий характер, закріплена й друга група принципів земельного законодавства, які мають приватно-правовий характер, оскільки покликані захищати інтереси власників землі та землекористувачів. До них, зокрема, належать принципи забезпечення рівності права власності на землю громадян, юридичних осіб, територіальних громад та держави; невтручання держави у здійснення громадянами, юридичними особами, територіальними громадами своїх прав щодо володіння, користування і розпорядження землею, крім випадків, передбачених законом; забезпечення гарантій прав на землю.

Дуалізм принципів земельного законодавства відображає використання імперативного та диспозитивного методів правового регулювання земельних відносин і засвідчує, що застосування норм цивільного законодавства (у відносинах власності на землю) можливе лише в субсидіарному порядку, адже цивілістичний підхід передбачає пріоритет інтересів власника перед суспільними інтересами, що недопустимо стосовно унікального природного майнового об'єкта – землі.

Саме норми земельного, а не цивільного законодавства, зокрема, Земельного кодексу України, законів України «Про охорону земель», «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про державний контроль за використанням та охороною земель» та окремі положення інших законів містять екологічні вимоги, покликані запобігати негативному впливу на землі, не допускати погіршення родючості ґрунтів, деградації земель, їх нецільового та нераціонального використання.

В сучасних умовах колізії екологічних та економічних інтересів суспільства потреба екологізації законодавства найбільш очевидна й актуальна, оскільки її належне вирішення сприяє підвищенню ефективності правової охорони навколишнього природного середовища, покращення екологічної ситуації в країні і забезпечення природних умов життя в цілому. Однак не можна повністю погодитися з Е.Р.Шамсутдіновим в тому, що поняття «екологізація законодавства» в сучасних умовах має доволі широке застосування лише в науці екологічного права. Екологізація законодавства має не лише теоретичний, але й практичний характер. О.К,Голіченков визначає поняття екологізації законодавства як впровадження норм екологічного права в акти тих галузей законодавства, які регулюють управлінську, господарську, рекреаційну й іншу діяльність, що в тій чи іншій мірі впливає на природне довкілля. Процес екологізації пронизує багато галузей сучасно-

© Ващишин М., 2011

го національного законодавства, зокрема, земельного, аграрного, адміністративного, господарського, кримінального, однак представниками цих галузевих правових наук лише розпочалися комплексні дослідження цієї актуальної проблеми. Так, Н.О.Багай зазначає, що екологізація аграрного законодавства полягає у втіленні екологічних принципів та вимог у змісті нормативно-правових актів, що регулюють сільськогосподарську виробничу діяльність.

Про взаємний зв'язок екологічного права з екологізацією інших галузей законодавства наголошував В.В.Петров у підручнику «Екологічне право», зауваживши, що фундаментальні галузі права є базою для формування основних норм та інститутів екологічного права. Водночас норми екологічного права становлять собою основу для екологізації інших галузей права, так чи інакше пов'язаних своїми інститутами чи нормами зі сферою взаємодії суспільства і природи. Саме професора В.В.Петрова, який довго і плідно займався проблемами правової охорони природи, можна вважати засновником теорії екологізації. Визначаючи структуру еколого-правового механізму охорони навколишнього природного середовища, В.В.Петров виділяв у ньому наступні складові елементи:

- ✓ природоохоронні норми…, що виконують функції базових еколого-правових вимог, адресованих усім природокористувачам;
- ✓ екологізовані норми господарського законодавства, що виконують функції конкретизації еколого-правових вимог природоохоронного законодавства стосовно планування, проектування, будівництва, реконструкції, експлуатації виробничо-господарських об'єктів і комплексів;
- ✓ екологізовані норми адміністративного, цивільного, кримінального, трудового, інших галузей законодавства…, що здійснюють функції закріплення матеріальних, організаційних і правових гарантій дотримання еколого-правових норм…, тобто йдеться про охоронні норми відповідних галузей законодавства, які застосовуються при притягненні винних осіб до юридичної відповідальності за порушення екологічних вимог.

Хоча В.В.Петров не називає земельне законодавство у переліку екологізованих елементів правового механізму охорони навколишнього природного середовища, однак на той час земельні, лісові, водні, надрові природоохоронні відносини охоплювалися сферою дії природоохоронного права.

Сьогодні земельне право як самостійна галузь національного права, що ґрунтується на відповідній галузі законодавства, включає окремий інститут охорони земель, який найбільшою мірою пронизаний екологічними вимогами. Відповідно до ст.163 Земельного кодексу України завданнями охорони земель є забезпечення збереження та відтворення земельних ресурсів, екологічної цінності природних і набутих якостей земель.

Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України відповідно до ст.16 Конституції України є обов'язком держави. Як зазначає О.А.Вівчаренко, з врахуванням даного конституційного положення формується державна політика у сфері охорони земель в Україні . Втіленням принципу екологізації земельного законодавства є, зокрема, закони України «Про охорону земель», «Про державний контроль за використанням та охороною земель».

Враховуючи сформульоване Є.Р.Шамсутдіновим загальне визначення екологізації законодавства як процесу юридичного оформлення антропогенної діяльності людини у відповідності з сучасними екологічними вимогами, можна запропонувати визначення екологізації земельного законодавства як послідовного і закономірного процесу вдосконалення правової охорони земель, що юридично оформлена у відповідності з сучасними екологічними вимогами, зокрема вимогами екологічної безпеки. Екологізація земельного законодавства повинна бути не лише перспективним напрямком земельно-правових досліджень, але й мати нормативний характер.

Варто погодитися з В.І.Федоровичем, який обґрунтовує, що система галузевих принципів земельного права не обмежується закріпленням базових засад земельного законодавства у ст.5 Земельного кодексу України, а є «незамкненою», тобто з розвитком земельного законодавства поповнюється якісно новими правовими засадами. Тому перелік принципів земельного законодавства необхідно доповнити принципом екологізації земельного законодавства, який матиме цілеспрямований вплив на підвищення ефективності правового регулювання земельних відносин як у сфері сільськогосподарського землевикористання (правової охорони ґрунтів), так і в процесі раціонального використання земель інших категорій.

РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ, ЯК ДЖЕРЕЛО ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ.

Вісьтак М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із вступом нашої держави до Ради Європи і ратифікацією Конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод, громадяни нашої країни отримали право звертатись в Європейський суд з прав людини (надалі Суд). Таким чином стаття 55 Конституції України, яка передбачає, що кожен має право після використання всіх 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, отримала своє реальне втілення.

Із прийняттям Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, рішення Суду є обов'язковими для виконання Україною. Також, відповідно до цього Закону суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику суду як джерело права, трудового зокрема.

Хоча Конвенція про захист прав людини та її основоположних свобод становить основу правових стандартів Ради Європи, необхідно враховувати і те, що положення цієї Конвенції існують лише в тому вигляді, в якому їх розуміє Суд. Як справедливо зазначає А.І. Ковлер, Конвенція а також прецеденти Суду впливають на законодавство і судову практику європейських держав. Тим самим, міжнародно-правовий механізм захисту прав людини дає поштовх для існування цього механізму в конкретній державі, забезпечуючи громадян цієї країни подвійним правовим захистом.

Необхідно звернути увагу, що невелика кількість статей, які мають відношення до захисту трудових прав людини, не означає, що роль Суду для захисту саме цих прав є незначною. Кількість скарг поданих громадянами України щороку зростає. І навіть, якщо Суд у своєму рішенні визначає, що право не було порушено, він одночасно може надавати тлумачення того, що ж насправді вважається порушенням цього права.

Якщо звертатися до електронної бази рішень Суду «HUDOC», можна знайти рішення Європейського суду з прав людини у справах громадян України проти України, які були подані до суду з мотивів забезпечення порушеного трудового права. Такими є наступні справи: 1) Долгов проти України (Case of Dolgov v. Ukraine, app.no 72704/01); 2) Соловйов проти України (Case of Solovyev v. Ukraine, app.no 4878/04); 3) Ананьєв проти України (Case of Ananyev v. Ukraine, app.no 32374/02); 4) Василєнков проти України (Case of Vasilenkov v. Ukraine, app.no 19872/02); 5) Булинко проти України (Case of Bulynko v. Ukraine, app.no 9693/02); 6) Ворона проти України (Case of Vorona v. Ukraine, app.no 44372/02). Усі ці справи подані щодо дотримання ст.4 Конвенції про заборону примусової та обов'язкової праці.

І хоча у всіх цих справах рішення Суду не на користь заявників, це вже свідчить про те, що практика подання до Суду за захистом своїх трудових прав існує, а отже таке звернення перетвориться на реальний спосіб захисту своїх прав, якщо це не можливо було здійснити в межах національної судової системи.

На трудові права опосередковано можуть впливати і порушення інших прав передбачених Конвенцією, зокрема права на справедливий судовий розгляд. Право на справедливий судовий розгляд, що передбачено в п.1 ст. 6 Конвенції, має комплексний характер, його забезпечення у повному обсязі є необхідним для всіх галузей права, зокрема і трудового. Як відомо, вітчизняна нормативна база щодо гарантування соціально-економічних та трудових прав може відповідати тим гарантіям, які передбачені міжнародно-правовими актами, а в деяких випадках може бути і досконалішою. Однак, проблеми з реальних рівнем захисту цих прав все ж наявні.

Досліджуючи способи впливу практики Суду на трудове право України, не можна залишати осторонь його вплив на правову доктрину, а саме впливу через введення та застосування нових теоретичних конструкцій, термінів та концепцій. Адже незважаючи на визнання

© Вісьтак М., 2011

практики Суду джерелом права України на законодавчому рівні, багато питань все ще залишаються без відповіді. Так, у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» у Главі 4 наведені загальні положення щодо застосування такої практики. Однак дієвого механізму щодо її реального застосування немає. Немає роз'яснень судам, які б мали застосовувати таку практику, відсутні переклади текстів рішень Суду українською мовою.

Стаття 6 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачає, що для цілей посилання на рішення та ухвали Суду та на ухвали Комісії суди використовують переклади текстів рішень Суду та ухвал Комісії, надруковані спеціалізованими у питаннях практики суду юридичним виданням, визначення якого проводиться на конкурсній основі. Одночасно, у разі відсутності та перекладу рішення чи ухвали Суду та ухвали Комісії суд користується оригінальним текстом. Зважаючи на забезпеченість судів перекладами рішень Суду, виникає сумнів щодо вільного володіння усіма суддями офіційними мовами Суду. Виникає питання як і хто буде здійснювати переклад таких рішень. Однак, і це не є основним проблемою щодо застосування практики Суду. Відсутні роз'яснення, як застосовувати такі рішення, а саме чи вважається джерелом права лише резолютивна частина рішення суду, чи пояснювальна частина теж.

Тому сьогодні, на жаль, цей Закон України в частині застосування практики Суду є більш декларативним. Ця глава Закону ще не знайшла свого відображення в правозастосовній практиці нашої держави. Зважаючи на наведене, про визнання рішень Суду джерелами права України, можна говорити лише на рівні правової доктрини і саме доктрина буде впливати на те, як насправді ці рішення будуть застосовуватись на практиці.

Отже, рішення Суду є орієнтирами для вирішення судових справ, аналогічних тим, що розглядались Судом, нашій державі необхідно враховувати ті європейські трудові стандарти, які застосовувались ним у своїх рішеннях, а також вони є складовими права на справедливий судовий розгляд та впливають на правову доктрину, зокрема і в галузі трудового права України.

ПОГЛЯДИ УКРАЇНСЬКИХ ВЧЕНИХ НА ПОНЯТТЯ «ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА» У РАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД

Гураш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У 60-80-ті рр. минулого століття українські дослідники працювали над проблемами ефективності норм трудового права. Саме у цей період було розроблено наукові підходи до поняття «ефективність норм трудового права», які стали основою для визначення цього явища у наступні роки. Зупинимося на з'ясуванні та аналізі таких підходів детальніше.

1. Ефективність норм трудового права – це співвідношення між фактичним результатом їх дії і тими економічними, політичними, соціальними і правовими завданнями, для яких вони ухвалюються. Яскравим представником цієї позиції є З.К. Симорот. Окрім цього, наведене визначення отримало загальне схвалення у науці трудового права в Україні та практичне застосування у дослідженні ефективності конкретних норм трудового права. Втім, ідея ефективності норм трудового права як узгодження їх завдань та результату дії не позбавлена недоліків.

Як слушно зауважує В.Г. Ротань, практично складно визначити, які завдання норм трудового права, закладені законодавцем. Інакше кажучи, дослідник ефективності конкретних норм трудового права не може знати, яке завдання ставив законодавець, ухвалюючи ту чи іншу правову норму. Оскільки без окреслення завдань норми трудового права неможливе подальше вивчення її ефективності, дослідник на власний розсуд визначає завдання норми трудового права, що можуть і не відповідати її істинним завданням.

Окрім цього, за радянських часів трудове право розглядалося засобом досягнення економічних, політичних і соціальних завдань. Наприклад, норма трудового права про обов'язок працювати мала забезпечувати повну зайнятість населення, що є реалізацією політичного завдання. Тим часом, це завдання виконувалося, внаслідок порушення права людини на працю, а саме обмеження свободи праці. У свою чергу, правове завдання норм трудового права, яким є охорона прав людини, не виконувалося. Така ситуація є неправомірною. Вважаємо, що завдання норм трудового права мають правовий характер, яким є охорона трудових прав найманих працівників і прав роботодавців на господарську діяльність, а не реалізація політичних, економічних та соціальних завдань.

У свою чергу, невизначено що саме слід розуміти під результатом дії норм трудового права. З.К. Симорот вважає, що таким є сам факт застосування чи незастосування норми трудового права. Для прикладу, автор робить висновок про неефективність у 1968-1969 рр. норми, яка встановлює право регресної вимоги до керівника підприємства, з вини якого заподіяно матеріальну шкоду підприємству. Вчений мотивує свій висновок, порівняно малою кількістю застосування цієї норми на практиці. Разом з тим, З.К. Симорот відзначає підвищення ефективності вказаної норми трудового права у наступні роки, з огляду на зростання кількості її застосування. Навряд чи факт застосування чи незастосування норми трудового права слід розглядати як результат її дії. Наприклад, норми про вичерпний перелік підстав припинення трудового договору з ініціативи роботодавця, спрямовані на охорону права працівника на працю, запобігаючи необґрунтованим звільненням. Кількість застосування норм про припинення трудового договору з ініціативи роботодавця не свідчить про виконання завдань цими нормами та не є показником їх ефективності.

І останнє, визначення ефективності норм трудового права як співвідношення їх завдань та результату дії не дозволяє зробити висновок про ознаки цього поняття та його галузеву специфіку. Скоріш за все, йдеться про можливий спосіб вимірювання такої ефективності.

2. Ефективність норм трудового права – це максимально корисний для розвитку суспільства загальний результат їх дії. Порівнюючи з цим результатом реальні наслідки дії норм трудового права, можна оцінити їх ефективність. Такі тези обґрунтовував В.Г. Ротань, який уточнив, що ефективними варто вважати норми трудового права, які забезпечують, як максимально корисні наслідки, так і лише позитивний результат для суспільства.

© Гураш В., 2011

Свою позицію В.Г. Ротань пояснює тим, що, оцінюючи ефективність норми трудового права, недостатньо враховувати завдання норми, окреслені законодавцем. Потрібно брати до уваги усі позивні результати дії норми трудового права, навіть, якщо останні відхиляються від завдань поставлених законодавцем.

Не підтримуємо наведений погляд, адже такі ознаки, як «користь для розвитку суспільства» та «загальний результат дії норм трудового права» є невизначеними за змістом. Інакше кажучи, незрозуміло що означає користь для суспільства. Наприклад, запровадження правової норми, за якою працівника можна звільнити за вчинення будь-якого дисциплінарного проступку, приведе до зменшення порушень трудової дисципліни, що є користю для суспільства. У той же час, у державі зросте рівень безробіття, а це вже негативний результат для суспільства. Щодо загального результату дії норм трудового права, то незрозуміло, який саме результат мається на увазі.

Аналізуючи викладені погляди українських вчених на поняття «ефективність норм трудового права», сформульовані у радянський період, можна дійти наступних висновків:

- ✓ схвалення серед українських дослідників отримало визначення, за яким ефективність норм трудового права – це співвідношення між фактичним результатом їх дії і тими соціальними, економічними, політичними та правовими завданнями, для досягнення яких ці норми були ухвалені;
- ✓ внаслідок того, що результати дії норм трудового права можуть відхилятися від завдань, намічених законодавцем, з'явився підхід, за яким ефективність норм трудового права – це позитивний або максимально корисний загальний результат дії останніх для розвитку суспільства.

ОСОБЛИВОСТІ ОРЕНДИ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Жиравецький Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Ключовим напрямом реформування аграрних відносин стало запровадження орендних відносини між власниками земельних ділянок та суб'єктами господарювання. Відродження повноцінного змісту цієї форми в умовах економічної кризи в Україні має винятково важливе практичне значення, що обумовлено, зокрема, тим, що нові аграрні суб'єкти фактично не мають можливості придбати землі у власність у необхідних їм розмірах. Актуальність земельних орендних відносин пояснюється також і обмеженнями, встановленими Земельним кодексом України (далі ЗК) щодо суб'єктів права приватної власності на землі сільськогосподарського призначення, мораторієм на правочини щодо земель, призначених для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, нормуванням розмірів земельних ділянок тощо.

Особливості оренди земель сільськогосподарського призначення значною мірою зумовлені особливостями правового режиму цих земель. Йдеться, зокрема, про використання земель як основного засобу сільськогосподарської виробничої діяльності, залежність результатів праці від природно-кліматичних умов, сезонний характер виробництва, підвищений виробничий ризик, тривалий проміжок часу між вкладенням праці та її наслідками.

На законодавчому рівні певні особливості оренди земель сільськогосподарського призначення в Україні виділені у ЗК Україні та Законі України «Про оренду землі»(далі Закон). До особливостей оренди земель сільськогосподарського призначення можна віднести наступні: 1) орендодавцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення можуть бути чітко визначені суб'єкти, які отримали земельні ділянки для визначених законодавством цілей; 2) орендарі земельних ділянок сільськогосподарського призначення повинні відповідати певним вимогам, встановленим земельним законодавством України; 3) передавати земельні ділянки сільськогосподарського призначення у користування (зокрема, оренду) дозволено лише із збереженням їх цільового призначення – для сільськогосподарського використання; 4) орендовані земельні ділянки сільськогосподарського призначення, за невеликим винятком, заборонено передавати в суборенду.

Важливою ознакою, яка притаманна оренді земель сільськогосподарського призначення, насамперед є визначення кола суб'єктів, які можуть бути сторонами договору оренди цих земельних ділянок .

Орендодавцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення можуть бути суб'єкти, які отримали земельні ділянки для певних спеціальних цілей. Перелік суб'єктів, які можуть бути власниками земель сільськогосподарського призначення, дає ст. 22 ЗК України, яка визначає, кому і для яких цілей передаються у власність і надаються у користування землі сільськогосподарського призначення. Так, зокрема у ч. 1 ст. 5 Закону закріплено положення про те, що «орендарями земельних ділянок є юридичні або фізичні особи, яким на підставі договору оренди належить право володіння і користування земельною ділянкою». У чинній редакції Закону відсутні спеціальні умови, яким повинні відповідати орендарі земельних ділянок сільськогосподарського призначення, на відміну від редакції Закону від 6 жовтня 1998 р. Останнім, зокрема було передбачено, що орендарями земельних ділянок сільськогосподарського призначення можуть бути: 1) юридичні особи, якщо її установчими документами передбачено здійснення такого виду діяльності як ведення товарного сільськогосподарського виробництва; 2) фізичні особа, якщо вони мають необхідну кваліфікацію або досвід роботи в сільському господарстві. Такі вимоги звужували коло суб'єктів і сприяли раціональному використанню земель сільськогосподарського призначення.

Однак, виходячи зі змісту п. 3 ст. 22 ЗК України, вбачається, що у випадку використання земель сільськогосподарського призначення сільськогосподарським підприємством його установчими документами повинно бути передбачено здійснення такого виду діяльності, як ведення товарного сільськогосподарського виробництва. Оскільки для ведення такого вироб-

© Жиравецький Т., 2011

ництва землі сільськогосподарського призначення передаються у власність та надаються у користування лише тим юридичним особам, які мають статус сільськогосподарських підприємств. Стосовно фізичних осіб ЗК України не виділяє особливих вимог щодо них для ведення товарного сільськогосподарського виробництва.

Потрібно підкреслити, що будь-який договір оренди земельної ділянки повинен мати на меті, крім досягнення сприятливого економічного результату, забезпечення цільового і раціонального використання, також належної охорони земельної ділянки як природного об'єкта. Ця істотна умова означає, що екологічна вимога раціональності землевикористання та охорони ґрунтів є характерною насамперед для оренди земель саме сільськогосподарського призначення як найбільш цінної категорії.

Визначений характер цільового використання впливає і на зміст прав та обов'язків сторін. Це законодавчо відображено у ст. 24 та ст. 25 Закону. Серед прав орендодавця на першому місці закріплено право вимагати від орендаря використання земельної ділянки за цільовим призначенням згідно з договором оренди. Невиконання сторонами цих важливих обов'язків є підставою для припинення договору оренди шляхом його розірвання (ст. 32 Закону).

Орендодавець має також право вимагати від орендаря додержання вимог екологічної безпеки землекористування та збереження родючості ґрунтів, державних стандартів, норм і правил. Відповідно, орендар зобов'язаний виконувати та дотримуватися вищезазначених вимог, забезпечувати режим використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення. Йому надається право на поновлення договору оренди земельної ділянки сільськогосподарського призначення, за умови належного виконання попередніх договірних орендних зобов'язань він може самостійно визначати напрями своєї сільськогосподарської діяльності, одержувати продукцію і доходи, здійснювати за згодою орендодавця відповідні меліоративні роботи, створювати ставки та водойми, інші об'єкти виробничого, житлового та культурно-побутового призначення, закладати багаторічні насадження; орендар має право на відшкодування витрат щодо поліпшення стану земельної ділянки, проведеного запопередньою згодою з орендодавцем, приступати до використання земельної ділянки після державної реєстрації договору оренди землі. Орендар має право на захист його земельних прав, в тому числі на витребування орендованої ділянки з будь-якого незаконного володіння та користування, усунення перешкод у її використанні, відшкодування збитків, заподіяних його правам та інтересам, пов'язаним із орендою таких земель.

Законодавство передбачає грошову, натуральну та відробіткову форму орендної плати та допускає їх поєднання. У разі оренди земельних ділянок, які перебувають у державній або комунальній власності, плата за оренду земель може справлятися виключно у грошовій формі.

Орендна плата, на практиці переважно виплачується у натуральній формі. Сільськогосподарська продукція, яка видається орендодавцеві в розрахунок орендної плати, відпускається, зазвичай, за собівартістю. В інтересах соціального захисту селян, особливо пенсіонерів, це питання потребує більшої обґрунтованості. За рахунок селян-орендодавців не можуть вирішуватися питання прибутковості господарств-орендарів, тобто рівень доходів підприємців. Натуральна форма розрахунків вигідна селянам лише у тому разі, коли одержана продукція використовується ними для сільськогосподарського споживання, частково - для годівлі худоби, адже можливості для реалізації частини продукції на ринку, особливо для людей пенсійного віку, досить обмежені, і таке явище не повинне поширюватися, бо в крамницю з кілограмом пшениці «останнього класу» не підеш. Грошова форма орендної плати для них має бути переважаючою

Варто зауважити, що сьогодні існує потреба й у вдосконаленні правового регулювання оренди земельних часток (паїв), як різновиду оренди земель сільськогосподарського призначення. Особливої уваги заслуговує питання оренди так званих нерозподілених (невитребуваних) земельних ділянок та невитребуваних земельних часток (паїв).

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про порядок виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв)», нерозподілені земельні ділянки за рішенням відповідної сільської, селищної, міської ради чи районної державної адміністрації (в залежності від місця розташування земельної ділянки) можуть передаватися в оренду для використання за цільовим призначенням на строк до моменту отримання їх власниками державних актів на право власності на земельну ділянку, про що зазначається у договорі оренди зе-

мельної ділянки, а власники земельних часток (паїв) чи їх спадкоємці, які не взяли участь у розподілі земельних ділянок, повідомляються про результати розподілу земельних ділянок у письмовій формі, у разі якщо відоме їх місцезнаходження. Як випливає із змісту наведеної статті Закону, особливістю договорів оренди нерозподілених (невитребуваних) земельних ділянок є те, що їх чинність припиняється з моменту одержання власником земельної ділянки (його спадкоємцем) документу, що посвідчує право власності на земельну ділянку, що необхідно обумовити у правочині. У зв’язку із чим укладається новий договір оренди з повноважним власником цієї земельної ділянки.

Необхідно звернути увагу на те, що оренда сільськогосподарських земель є переважно короткостроковою: близько 80% договорів оренди укладені на термін1-5 років.

Короткострокова оренда не сприяє ефективному використанню земель, збереженню і зростанню родючості ґрунтів, оскільки строки оренди повинні бути пов'язані із періодами ротації сівозмін. Також виникає проблема збереження орендованих земель в єдиному масиві господарюючого суб'єкта.

Для підвищення ефективності використання орендованих земель необхідно посилити контроль держави за їхнім раціональним використанням, запровадити стимулювання власників і користувачів до покращання якісних характеристик ґрунтів, провести паспортизацію й інвентаризацію земель і вивести з обороту або трансформувати в інші угіддя деградовані та малопродуктивні землі.

Важливою умовою, що сприятиме підвищенню ефективності землевикористання є регулярне проведення спостережень за якістю орендованих земель через агрохімічне обстеження ґрунтів, яке має проводитись на початку і по закінченню терміну оренди, а характеристика якісного стану земельної ділянки повинна стати обов'язковою умовою договору оренди.

Для вдосконалення орендних земельних відносин важливе значення матиме завершення процесу приватизації земельних ділянок і запровадження сталого землекористування, створення єдиної системи державної реєстрації прав на землю, адекватне економічному зростанню підвищення орендної плати, збільшення термінів договорів оренди, формування умов для раціонального використання земель.

СКЛАДНА ЖИТТЄВА ОБСТАВИНА ЯК ПІДСТАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ

Іваночко О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до закону України «Про соціальні послуги» юридичною підставою виникнення права особи на соціальне обслуговування є складна життєва обставина (ч.1 ст.1). Логічним було б розуміння законодавчо встановленого терміну «складна життєва обставина» одним із видів соціальних ризиків.

Саме таким терміном у науці права соціального забезпечення позначають юридичний факт, що зумовлює виникнення права на соціальне забезпечення.

У науковій літературі зустрічаємо чималу кількість визначень соціального ризику. Зокрема: М.Ю. Федорова розглядає соціальний ризик як ймовірність втрати заробітної плати чи іншого трудового доходу внаслідок неможливості брати участь в економічному процесі з причин, визнаних суспільством соціально значимими. На думку О.Е. Мачульської та Ж.А. Горбачової соціальний ризик – ймовірність погіршення матеріального становища в результаті втрати заробітку чи іншого доходу з об'єктивних соціально значимих причин, а також у зв'язку з додатковими витратами на утримання дітей та інших членів сім'ї, що потребують допомоги. Такі позиції заслуговують на увагу, однак, на нашу думку, потребують уточнення. Не зовсім вірним науковим підходом є пов'язувати ризик з настанням лише матеріальної незахищеності, адже держава забезпечує осіб похилого віку, інвалідів необхідними соціальними послугами вдома, чи поміщає таких осіб у стаціонарні заклади соціального обслуговування і не завжди перевіряє їх матеріальне становище. Забезпечення транспортними засобами, протезування інвалідів, працевлаштування, професійна підготовка також не пов'язані з матеріальним становищем. Тому більш прийнятним є розуміння соціального ризику як соціально значимої обставини об'єктивного характеру, з настанням якої громадяни (члени їх сімей) не здатні самостійно себе утримувати, а тому потребують додаткового матеріального захисту з боку держави; як закріплені у нормах права соціального забезпечення, можливі в житті кожного чи більшої частини суспільства, ймовірні події, як правило, невідворотні для конкретної особи, що об'єктивно зумовлюють соціально значимі негативні зміни матеріального та (чи) соціального становища людини чи її здоров'я з незалежних від неї причин, у випадку настання яких людина вправі вимагати надання визначеного матеріального блага в сфері соціального забезпечення, з метою підтримки здоров'я та матеріального становища самої особи та членів її сім'ї (К.Н. Гусов, С.М. Синчук). Тобто, соціальні ризики зазвичай пов'язують з такими вірогідними подіями, які зумовлюють погіршення матеріального, фізичного чи соціального стану особи, внаслідок чого вона набуває право на той чи інший вид соціального забезпечення.

Науковці у сфері права соціального забезпечення виділяють такі ознаки соціальних ризиків: об'єктивний характер; негативні наслідки соціальних ризиків не можуть бути усунуті особою самостійно через зовнішні чинники; потребують закріплення в законодавстві саме як обставини, внаслідок настання яких особа може потребувати допомоги держави чи суспільства; є потенційно можливими для кожної людини (В.Я. Бурак, М.О. Буянова, С.М. Синчук).

Н.Б. Болотіна розрізняє загальносоціальні (загальнолюдські) та нетипові (незагальнопоширені) ризики. Ознаками першої групи є: 1)зумовлені біологічною, фізіологічною і соціальною природою людини; 2)є загальнопоширеними, типовими для людської спільноти, притаманні кожній людині як члену людського суспільства; 3)виникнення їх має високий ступінь вірогідності (хвороба, старість, непрацездатність, безробіття, самотність …). До другої групи ознак науковець відносить: 1)незвичайність для цивільного життя; 2)залежність від сили, яка значно перевищує можливості окремої людини протистояти їм; 3)характеризуються високим рівнем небезпеки для життя і невідворотними фізичними, матеріальними і моральними втратами (техногенна катастрофа, аварія, стихійне лихо тощо).

Б.І. Сташків зазначає, що соціальні ризики, які можуть виникнути, повинні піддаватися кількісній науковій оцінці і прогнозу як з позицій ймовірності настання ризикованих ситуацій

© Іваночко О., 2011

(чисельність інвалідів, пенсіонерів, померлих тощо), так і з позицій їхніх вартісних параметрів (тривалість захворювань, виходу на пенсію, середній вік настання інвалідності тощо); ризик повинен мати випадковий характер і його реалізація (настання соціального ризику) не може бути пов'язана з волею особи; факт настання соціального випадку, як правило, невідомий у часі та просторі; наслідком їх реалізації є втрата засобів до існування або інше погіршення матеріального становища. Вважаємо, що остання ознака, запропонована вченим, потребує коригування щодо наслідків настання соціального ризику. Вони можуть зумовлювати як погіршення матеріального становища, так і соціального.

Законодавче поняття складної життєвої обставини міститься в законі України «Про соціальні послуги». Це такі обставини, які об'єктивно порушують нормальну життєдіяльність особи, наслідки яких вона не може подолати самостійно (ч.2, ст.1). Аналогічне визначення міститься і в законі Російської Федерації «Про основи соціального обслуговування населення в Російській Федерації» (ст.1).

Вважаємо, що складним життєвим обставинам притаманні всі ознаки соціальних ризиків. Саме тому вони і є різновидом останніх. Завжди виникають незалежно від волі особи; їх наслідки вона не може подолати самостійно; і тому держава закріпила право можливість звернення особи до відповідних соціальних служб за обслуговуванням.

Обставинами, які об'єктивно порушують нормальну життєдіяльність особи, відповідно до закону є: інвалідність**,** часткова втрата рухової активності у зв'язку із старістю або станом здоров'я, самотність, сирітство, безпритульність, відсутність житла або роботи, насильство, зневажливе ставлення та негативні стосунки в сім'ї, малозабезпеченість, психологічний чи психічний розлад, стихійне лихо, катастрофа тощо. Як бачимо перелік обставин, які виступають підставами соціального обслуговування громадян не є вичерпним, це дає можливість законодавчого закріплення у разі настання потреби у забезпеченні соціальною підтримкою певної категорії громадян, не передбаченої у цьому переліку, забезпечити надання такої підтримки, шляхом закріплення відповідного права на законодавчому рівні. При цьому необхідно визначити джерело фінансування такого виду соціального обслуговування.

Інвалідність та похилий вік є найбільш поширеними соціальними ризиками в системі соціального обслуговування. Згідно з законом України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» інвалідність – це міра втрати здоров'я та обмеження життєдіяльності, що перешкоджає конкретній особі здійснювати діяльність у спосіб та в межах, що вважаються для особи нормальними залежно від вікових, статевих, соціальних і культурних факторів, або позбавляє її відповідної здатності чи можливості. Закон України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» зазначає, що особами похилого віку визнаються жінки та чоловіки, які досягли відповідно 55 та 60 річного віку. Наступним соціальним ризиком є безпритульність. Досить гостро сьогодні постає проблема безпритульності дітей (стан людини, пов'язаний з неможливістю фактично проживати /перебувати в житловому приміщенні, на яке вона має право). Переважно на вулиці залишаються сироти та діти, позбавлені батьківського піклування. Сироти – це діти, в яких померли чи загинули батьки, а діти, позбавлені батьківського піклування – це діти, які залишилися без піклування батьків у зв'язку з позбавленням їх батьківських прав, визнанням батьків безвісно відсутніми або недієздатними, оголошення їх померлими, відбуванням покарання в місцях позбавлення волі та перебування їх під вартою на час слідства, розшуком їх органами внутрішніх справ, пов'язаним з ухиленням від сплати аліментів та відсутністю відомостей про їх місцезнаходження, тривалою хворобою батьків, яка перешкоджає їм виконувати свої батьківські обов'язки, а також підкинуті діти, батьки яких невідомі, діти, від яких відмовилися батьки, та безпритульні діти (закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування»). Основною проблемою безпритульності є складність у виявленні тих дітей, які опинилися на вулиці, адже дуже часто діти при живих батьках, які ведуть асоціальний спосіб життя потрапляють у такі ситуації. При кризових умовах розвитку ринкових відносин невпинно зростає кількість безробітних громадян, до яких закон України «Про зайнятість населення» відносить працездатних громадян працездатного віку, які через відсутність роботи не мають заробітку або інших передбачених законодавством доходів і зареєстровані в державній службі зайнятості як такі, що шукають роботу, готові та здатні приступити до підходящої роботи. Безробітними визнаються також інваліди, які не досягли

пенсійного віку, не працюють та зареєстровані як такі, що шукають роботу. Соціальне становище людини, зумовлене відсутністю в неї житлового приміщення (будинку, квартири, кімнати тощо), яке б вона могла використовувати для проживання/перебування і в якому могла б бути зареєстрованою спричиняє настання складної життєвої обставини, зумовленої відповідним соціальним ризиком, який у законі України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» окреслюється терміном бездомність. До менш поширених соціальних ризиків можна віднести терористичний акт, звільнення з місця позбавлення волі, зневажливе ставлення та негативні стосунки в сім'ї, психологічний чи психічний розлад, стихійне лихо, катастрофа тощо.

Усі вищенаведені негативні обставини і зумовлюють настання складної життєвої обставини. Аналізуючи законодавче тлумачення складної життєвої обставини, вважаємо, що настання одиничного соціального ризику є недостатнім для виникнення права у особи на соціальне обслуговування. Умовою надання такого виду соціального забезпечення є неможливість подолання наслідків будь-якого з цих ризиків самостійно. Наприклад, діти-сироти чи діти позбавлені батьківського піклування не можуть самостійно, без сторонньої допомоги задовольнити свої побутові, медичні, освітні, культурні та інші потреби, через неможливість працювати, відсутність життєвого досвіду та багато інших факторів. Також закон «Про соціальні послуги» передбачає, що соціальні послуги отримують окремі соціальні групи чи індивіди, які перебувають у складних життєвих обставинах та потребують сторонньої допомоги. Так, особи похилого віку через певні вікові фізичні вади не в змозі самостійно підтримувати свою життєдіяльність (забезпечення продуктами харчування, засобами санітарії та особистої гігієни, гарячим харчуванням, виклик лікаря, тощо), а також у них немає близьких родичів чи інших осіб, які б змогли надати необхідну сторонню допомогу. І тому такі особи звертаються до відповідних державних органів для отримання необхідного комплексу соціальних послуг, оскільки в протилежному випадку вони не зможуть вижити.

Підсумовуючи, вважаємо, що соціальні ризики у традиційному значенні не є єдиною підставою виникнення права на соціальне обслуговування. Додатковими обов'язковими умовами є сукупність таких соціально значимих обставин, як:

1) необхідність особи, яка зазнала соціального ризику, у зовнішній підтримці;

2) відсутність родичів чи інших осіб, які за законом повинні надати підтримку особі;

3) у разі не звернення до відповідних соціальних служб, особа не зможе самостійно подолати негативні наслідки складної життєвої обставини;

4) соціальні виплати (пенсії, допомоги) є недостатнім засобом подолання тих обставин, які виникли.

Отже, на підставі сказаного вище ми можемо говорити про те, що хоча складна життєва обставина і характеризується всіма ознаками соціальних ризиків, вона все ж таки має й ознаки, притаманні лише їй. Якщо у пенсійних чи допомогових правовідносинах підставою виникнення права на той чи інший вид соціального забезпечення є одиничний соціальний ризик, то у правовідносинах соціального обслуговування такою підставою виступає збіг (сукупність) соціальних ризиків. Тож можна говорити, що складна життєва обставина – це сукупність соціальних ризиків, внаслідок настання яких особа відчуває гостру потребу у зовнішній підтримці, як єдиного способу захисту. Відсутність хоча б одного з вище перелічених соціальних ризиків позбавляє особу права отримати необхідний комплекс соціальних послуг.

Загальновизнано, що підставою для забезпечення особи необхідними соціальними послугами є фактичний юридичний склад (сукупність юридичних фактів). Проте, кожен з елементів цього юридичного складу виконує свою функцію. Науковці поділяють їх на дві групи: основні юридичні факти та інші юридично значимі факти. У праві соціального обслуговування до основних юридичних фактів ми відносимо важку життєву ситуацію, яка зумовлює волевиявлення громадянина на реалізацію права на соціальне обслуговування, визначає вид та об'єкт відповідного правовідношення.

Відповідно до чинного законодавства держава гарантує право на соціальне обслуговування всім громадянам, іноземцям, особам без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, за наявності для цього підстав, передбачених законом.

Важка життєва обставина є одним із соціальних ризиків. Під останнім

Аналізуючи вищенаведене, слід зазначити, що для того, щоб особа змогла реалізувати своє право на отримання соціальних послуг необхідна наявність таких умов:

1) несприятливі обставини в житті людини, які порушують нормальний процес її життєдіяльності;

А саме: інвалідність (похилий вік, безробіття, бездомність, безпритульність, звільнення з місця позбавлення волі, насильницьке поводження в сім'ї, терористичний акт), відсутність членів сім'ї або інших осіб, які за законом повинні надати підтримку, що зумовлює потребу у зверненні до відповідних соціальних служб, як єдиного способу виходу з такої ситуації.

Дуже часто факт звернення чи не звернення особи до відповідних органів з метою отримання необхідного комплексу соціальних послуг залежить від факторів, які впливають на оцінку самим управоможеним суб'єктом наявності чи відсутності складної життєвої обставини. А саме:

- ✓ рівень обізнаності (інформування) населення;
- ✓ рівень грамотності й адекватності поведінки;
- ✓ індивідуалістські (інтернальні) орієнтації;
- ✓ раціональний підхід;
- ✓ емоційний підхід;
- ✓ вольовий параметр.

У науковій літературі наведено різноманітні класифікації важких життєвих обставин. Зокрема, О.Е. Мачульська виділяє наступні види останніх:

- ✓ за суб'єктним критерієм – індивідуальні, групові, сімейні та інші;
- ✓ за віком – ситуації дитячого, підліткового, юнацького середнього, пенсійного та іншого віку;
- ✓ залежно від психологічної реакції – ситуації з адекватною, мобілізуючою реакцією і з неадекватною, демобілізуючою реакцією;
- ✓ залежно від рівня адаптації – ситуації з активною, пасивною адаптацією та адаптацією, спрямованою на пристосування.

Важливе практичне значення для формування способів та форм соціального обслуговування, створення найбільш ефективних механізмів протидії важким життєвим ситуаціям має також поділ їх залежно від:

- ✓ виду послуг, потребу у яких вона зумовлює – ситуація, яка породжує потребу у наданні послуг, спрямованих на відновлення втрачених можливостей до самозабезпечення; на компенсацію безповоротних змін в житті людини; на компенсацію становища, що привело до обмеження можливостей людини до самообслуговування і самозабезпечення;
- ✓ правового статусу громадянина – неповнолітніх; інвалідів; осіб похилого віку; безробітних; бездомних; осіб; звільнених з місць позбавлення волі; осіб, які постраждали від терористичного акту;
- ✓ тривалості в часі – тимчасові та постійні.

Особливу увагу слід звернути на розмежування важких життєвих обставин залежно від соціального ризику на ті, які носять природний характер і ті, які носять економічний характер. Хоча історично першими на законодавчому рівні почали врегульовуватися важкі життєві обставини природного характеру (старість, інвалідність тощо), то сьогодні все більша увага приділяється обставинам економічного характеру (безробіття, бездомність, безпритульність тощо). Це насамперед пов'язано із кризовою ситуацією в країні, що зумовлює зростання швидкими темпами кількості тих осіб, у тому числі і сімей, які неспроможні через відсутність коштів забезпечити собі належний рівень життя.

На підставі вищенаведеного аналізу поняття «важка життєва ситуація», можемо виділити такі особливості даного поняття:

1) кризовий характер, який полягає в тому, що при настанні такої ситуації особа перебуває у скрутному становищі, який не може подолати за рахунок власних як матеріальних, так і фізичних можливостей;

2) стимулюючий характер – перебування особи у такому положенні спонукає її до звернення за допомогою у відповідні органи держави. Тобто між настанням важкої життєвої ситу-

ації та отриманням необхідної соціальної послуги чи комплексу таких послуг існує передбачена законом процедура з'ясування наявності факту важкої життєвої ситуації індивідуально для кожного суб'єкта, дотримання якої є обов'язковим. Тобто, без волевиявлення особи з приводу отримання необхідних соціальних послуг, за відсутності рішення компетентного органу про призначення конкретній особі відповідних послуг на основі підтверджених даних, жодного правовідношення з приводу соціального обслуговування не виникне;

3) стійкість – для того, щоб зумовити виникнення права в особи на соціальне обслуговування важка життєва ситуація повинна існувати протягом більш тривалого періоду. Такий період не може охоплювати 2-3 дні чи навіть тиждень. Тут ми спіткнулися з проблемою неврегульованості даного питання на нормативному рівні, тому законодавцю слід закріпити мінімальний термін тривалості важкої життєвої обставини, диференціюючи його залежно від виду обслуговування, на яке претендує особа. Це необхідно здійснити для того, щоб розмежовувати важку життєву обставину, як підставу виникнення соціально обслуговуючих відносин, від усіх інших негативних ситуацій, які виникають в житті кожної людини;

4) неповторність, адже будь-яка важка життєва обставина має свою природу, по-різному проявляється для різних категорій громадян, і тим самим породжує потребу в індивідуальній організації соціального обслуговування. У даному випадку один і той вид соціальних послуг в кожному конкретному випадку буде мати свої особливості та специфіку.

Для запобігання підміни понять, для внесення чіткості у понятійний апарат права соціального обслуговування доцільно було б замінити термін «важка життєва обставина» на термін «соціальна безпорадність», який більш чітко відображає природу самої підстави виникнення права у особи на звернення до держави для отримання необхідного комплексу соціальних послуг. Безпорадність розглядається як неспроможність своїми силами впоратись з чим-небудь, як нездатність самому собі допомогти, як потреба у допомозі. Оскільки, незалежно від того, яким видом соціального ризику спричинена складна життєва ситуація, основним є неможливість людини продовжувати самостійно функціонувати у суспільстві, реалізувати свої потреби. І саме на це звертає увагу термін «соціальна безпорадність».

ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ З ОХОРОНИ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ, ЗАЙНЯТИХ НА РОБОТАХ З ВАЖКИМИ ТА ШКІДЛИВИМИ УМОВАМИ ПРАЦІ

Козак З.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Український законодавець встановив розгорнуту систему гарантій прав працівників з охорони праці. Не зважаючи на те, що питанню гарантій у Законі України «Про охорону праці» присвячено окремий розділ, про що свідчить його назва, проте він, охоплюючи різні правові явища, почасту ототожнюючи їх, не дає чіткого розуміння суті, видів та особливостей юридичних гарантій, у тому числі і гарантій для працівників, зайнятих на роботах з важкими та шкідливими умовами праці.

Проаналізувавши дослідження представників науки трудового права, національне законодавство та законодавство зарубіжних країн, пропонуємо виокремити такі юридичні гарантії прав з охорони праці працівників, зайнятих на роботах з важкими та шкідливими умовами праці:

1. Встановлення трудо-правових преференцій для працівників, що працюють на роботах з шкідливими і важкими умовами праці.

Запровадження трудо-правових преференцій обумовлено принципами рівності та справедливості, що вимагає створення рівних можливостей для осіб, які з різних обставин і причин знаходяться у нерівних умовах порівняно з іншими суб'єктами права. Вони спрямовані на зрівноваження правових можливостей суб'єктів шляхом відшкодування, винагородження відповідними благами чи звільнення від виконання певних обов'язків. Трудо-правові преференції є комплексним поняттям, яке охоплює різного роду правові переваги (пільги, компенсації тощо), що передбачає зрівноваження можливостей окремих суб'єктів трудового права шляхом надання особливих, додаткових, спеціальних прав у порівняні з загальними у випадках та порядку, встановлених нормативно-правовими актами та нормативно-правовими договорами, трудовими договорами.

Встановлення трудо-правових преференцій для працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці, є способом диференціації правового регулювання у трудовому праві, зумовленої об'єктивними ознаками трудової діяльності. В основі цієї диференціації закладені умови праці, в яких працівник виконує трудову функцію.

Гарантією прав з охорони праці працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці, є встановлення видів трудових преференцій у законі, що передбачає обов'язковість надання таких, незалежно від волевиявлення сторін трудового договору. Такі трудо-правові преференції є прикладом необхідного втручання держави у правове регулювання трудових відносин, відповідно вони є мінімальними державними гарантіями у сфері праці. Окрім того, такі переваги можуть встановлюватися як нормативно-правовими договорами (зазвичай колективними), так і трудовими договорами.

2. Встановлення презумпції наявності важких і шкідливих умов праці.

Чинне законодавство України надання трудо-правових преференцій для працівників, зайнятих на роботах з важкими та шкідливими умовами праці, обумовлює наявністю таких умов праці на конкретному робочому місці. Підтвердження факту наявності важких і шкідливих умов праці, їх кількісного та якісного складу здійснюється за допомогою атестації робочих місць за умовами праці, обов'язок проведення якої покладено на роботодавця. Звідси пільги і компенсації не можуть надаватися працівникам, якщо право на їх одержання не було підтверджено атестацією робочих місць за умовами праці. Тобто, виникає ситуація, коли у наслідок неправомірної бездіяльності роботодавця працівники позбавляються права на одержання відповідних пільг і компенсацій, навіть у тих випадках, коли такі умови фактично наявні. На нашу думку, для усунення наведених порушень необхідно змінити підхід до надання трудо-правових преференцій для працівників, зайнятих на роботах з важкими та шкідливими умовами праці, і встановити саме для цієї категорії працівників правову презумпцію.

© Козак З., 2011

Презумпція наявності важких і шкідливих умов праці – це закріплене у законі припущення про наявність важких і шкідливих умов праці на конкретному робочому місці, що дає право працівнику одержати пільги і компенсації, які надаються у зв'язку з виконанням роботи у таких умовах. Розглядувана презумпція є спростовною, відсутність важких і шкідливих умов праці підтверджується шляхом проведення атестації робочих місць за умовами праці. Ця презумпція передбачає не лише виконання роботодавцем обов'язку з надання відповідних пільг і компенсацій працівникові, але також обмежує його повноваження щодо припинення надання таких. Тому пільги і компенсації, встановлені нормативно-правовими актами і договорами для працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці, не надаються у разі забезпечення на робочих місцях безпечних і здорових умов праці, що підтверджується атестацією робочих місць за умовами праці.

Розглядувану презумпцію можна назвати відносною, оскільки факти, про які робиться припущення, не є абсолютними, мають конкретні риси, визначені у формах трудового права. Мова йде про те, що не будь-які умови праці вважаються важкими і шкідливими. Юридичне значення мають лише ті, що передбачені у спеціальних списках і переліках.

3. Обов'язковість надання та одержання трудо-правових преференцій у формах і розмірах, визначених законодавством.

Законодавець, враховуючи доробки різних галузей науки, визначає найбільш адекватні, належні та прийнятні заходи і засоби, що можуть забезпечити створення безпечних і здорових умов праці, зберегти життя і здоров'я людини у процесі трудової діяльності. Тому пільги та компенсації для працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці, мають цільове призначення. Вони встановлюються з метою запобігти чи попередити негативний вплив важких і шкідливих умов праці на життя і здоров'я працівника, а у разі наявності такого компенсувати, відшкодувати чи зменшити його шкідливі наслідки. Як наслідок такі трудо-правові преференції повинні надаватися й одержуватися лише у тій формі, що визначена законом чи підзаконними нормативно-правовими актами. Соціальні партнери зобов'язанні дотримуватися цієї гарантії у разі конкретизації централізованої норми або встановлення трудо-правової преференції у більшому розмірі, ніж це передбачено законодавством. Встановлюючи нові пільги і компенсації, що не передбачені законодавством, сторони відповідних договорів вільні у визначенні порядку їх надання, але усе ж таки повинні враховувати їх мету та призначення.

Одним з проявів цієї гарантії є законодавче обмеження волевиявлення сторін трудового договору щодо зміни форми трудо-правових преференцій, що передбачає встановлення у законі випадків та умов, коли допускається зміна форм трудо-правових преференцій. Законодавство України містить поодинокі випадки такої заміни і обумовлені вони роз'їзним характером виконуваної роботи, коли фактичне надання та одержання пільг і компенсацій є ускладненим або неможливим.

Чинне законодавство України не визначає наслідки ненадання відповідних трудо-правових преференцій, як і надання їх у формі іншій. Вважаємо, що у наведених випадках роботодавець повинен виконати свій обов'язок з надання пільг і компенсацій у повному обсязі, але дозволити йому за згодою працівника замінити їхню форму, як правило, грошовою. Пропонована гарантія потребує підкріплення її ще однією – скасування строків звернення до юрисдикційних органів за захистом порушеного права.

Не лише форма, але і розмір трудо-правових преференцій дозволяє дієво реалізувати права працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці. З цією метою запроваджений механізм конкретизації та індивідуалізації правового регулювання розміру пільг і компенсацій, що передбачає підтвердження якісних та кількісних показників умов праці, фактично наявних на конкретному робочому місці. Проте він не враховує можливість встановлення у законі презумпції наявності важких і шкідливих умов праці. У такому разі конкретний розмір трудо-правових преференцій обумовлюється мінімальним розміром, визначеним централізованим законодавством для відповідних умов.

Система юридичних гарантій з охорони праці працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці, складається з видових та родових гарантій. Розглянуті юридичні гарантії є видовими, оскільки встановлені саме для працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці. Зрозуміло, що для цієї категорії працівників при-

таманні й родові гарантії, такі як звільнення працівника від будь-якого обов'язку нести фінансові витрати і навпаки повної відповідальності роботодавця за створення безпечних і здорових умов праці та фінансування заходів з охорони праці за власний кошт. Але і такі родові гарантії мають певну специфіку для працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці. У науковій літературі обстоюється думка, з якою ми погоджуємося, що пільги і компенсації, які встановлюються і надаються працівникам, повинні фінансуватися з різних джерел, залежно від мети цих пільг. Якщо вони є суто трудовими, то повинні фінансуватися роботодавцем, якщо передбачають врахування публічних інтересів, то держава повинна брати участь у їх фінансуванні. Окрім того, фінансовий компонент зі сторони держави може реалізуватися і шляхом встановлення пільгового оподаткування для роботодавців коштів, спрямованих на охорону праці. Як бачимо, що комплексний підхід до формування юридичних гарантій сприятиме дієвій реалізації та охороні прав працівників з охорони праці, у тому числі й працівників, зайнятих на роботах з важкими і шкідливими умовами праці.

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ІНСПЕКЦІЇ ПРАЦІ

Лещух Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Державна інспекція праці виконує важливу соціальну функцію, здійснюючи державний контроль за дотриманням підприємствами, установами, організаціями та фізичними особами, які використовують найману працю, законодавства про працю та загальнообов'язкового державного соціального страхування. Результати цієї діяльності безпосередньо впливають на вирішення таких проблем, як виплата заборгованої заробітної плати, дотримання мінімальних гарантій оплати праці та реалізації найманими працівниками своїх трудових прав.

Держнаглядпраці та його територіальні державні інспекції праці є органами, уповноваженими здійснювати державний нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю на підставі наступних положень законів України. Так, статтею 259 Кодексу законів про працю України визначено, що нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю здійснюють спеціально уповноважені на те органи та інспекції, які не залежать у своїй діяльності від власника або уповноваженого ним органу. У статті 35 Закону України „Про оплату праці" зазначено, що контроль за додержанням законодавства про оплату праці здійснюють Міністерство праці та його органи. Статтею 27 Закону України „Про відпустки" також зазначено, що нагляд за додержанням законодавства про відпустки здійснюють спеціально уповноважені на те органи та інспекції, які не залежать у своїй діяльності від власника або уповноваженого ним органу.

На виконання вищеназваних законодавчих норм постановою Кабінету Міністрів України від 30.08.2000 № 1351 у складі Міністерства праці та соціальної політики було утворено Державний департамент нагляду за додержанням законодавства про працю як урядовий орган державного управління в межах коштів, передбачених на утримання Міністерства праці та соціальної політики. Постановою Кабінету Міністрів України від 18.01.03 № 50 було затверджено чинне на сьогодні Положення про Державний департамент нагляду за додержанням законодавства про працю, яким визначені повноваження, права та обов'язки державних інспекторів праці.

Також, повноваження, права та обов'язки державних інспекторів праці Держнаглядпраці та територіальних державних інспекцій праці визначені, крім загальних законів, Кодексом України про адміністративні правопорушення та конвенціями Міжнародної організації праці (далі – МОП), ратифікованих законами України „Про ратифікацію Конвенції міжнародної організації праці № 81 1947 року про інспекцію праці у промисловості й торгівлі" від 08.09.04 № 1985-IУ та „Про ратифікацію Конвенції міжнародної організації праці № 129 1969 року про інспекцію праці в сільському господарстві" від 08.09.04 № 1986-IУ.

Щодо застосування Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" стосовно реалізації Держнаглядпраці та територіальних державних інспекцій праці своїх повноважень, слід відзначити наступне.

Держнаглядпраці входить до числа уповноважених законом центральних органів виконавчої влади, зазначених у ст. 1 Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності". Дія цього Закону поширюється на діяльність Державного департаменту нагляду за додержанням законодавства про працю. В той же час, ряд положень Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" певним чином обмежують повноваження Держнаглядпраці, 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.

Враховуючи вищевикладене, деякі положення Закону 877 не можуть застосовуватись державними інспекторами праці у їх практичній роботі як такі, що не відповідають наступним нормам вищеназваних ратифікованих конвенцій Міжнародної організації праці. Так у листі

© Лещух Д., 2011

Державного департаменту нагляду за додержанням законодавства про працю від 25 жовтня 2007 року № 013-1636-32, Методичних вказівках щодо порядку здійснення державного нагляду (контролю) від 19 грудня 2007 року № 013-1878-01 та листі Мінпраці та соціальної політики від 11.07.2008р. N 2906/0/10-08/013 міститься ряд застережень .

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, якщо 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 Конвенції Міжнародної організації праці № 129 1969 року про інспекцію праці в сільському господарстві, зокрема, статті 16, 20, 21.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 3 Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" державний нагляд (контроль) здійснюється за принципами дотримання умов міжнародних договорів України. Відповідно до Закону України "Про дію міжнародних договорів на території України" ратифікація Конвенції надає її положенням силу національного закону.

Поряд з цим існує цілком протилежна думка Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва, який у листі від 10.07.2008 р. N 5811 вважає що закон № 877 поширюється на діяльність Держнаглядпраці без будь-яких застережень.

Така невизначеність не сприяє підвищенню ефективності реалізації органами Держнаглядпраці та територіальних державних інспекцій праці своїх повноважень . Саме тому варто погодитись із думкою Мінпраці, що усунення протирічних положень між згаданими національним та міжнародними актами можливе шляхом внесення змін у частину 2 статті 2 Закону N 877 у вигляді виключення із сфери його дії вказаного виду контролю.

Оскільки повноваження, права та обовязки державних інспекторів детально визначені у Конвенціях МОП, Мінпраці створило проект Закону Уряїни *"Про внесення змін до статті* 2 Закону України "Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності" , який на сьогодні перебуває на погодженні у центральних органах тдержавної виконавчої влади та обєднаннях роботодавців та профспілок.

На підставі аналізу нормативно-правових актів, які визначають адміністративно-правовий статус державних інспекцій праці можна зробити висновок, що на сьогодні мають місце певні неточності як у визначенні статусу згаданих інспекцій, так і їх організації. У зв'язку з цим слід прийняти окреме положення, у якому доцільно розширити повноваження державних інспекцій праці щодо попередження та припинення правопорушень, а саме :

- ✓ надати у виключних випадках право самостійно припиняти роботи, що ведуться з порушенням встановлених правил і норм;
- ✓ закріпити право державних інспекторів праці ставити перед відповідними органами питання про припинення чи скасування актів управління, які суперечать трудовому законодавству та право відсторонювати від роботи осіб, винних у вчиненні правопорушень;
- ✓ закріпити в положеннях про державну інспекцію праці чітко сформульоване основне їх завдання – попередження правопорушень.

ПОНЯТТЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ТИМЧАСОВОЮ ВТРАТОЮ ПРАЦЕЗДАТНОСТІ

Максимишин Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Важливим та необхідним елементом будь-якої розвиненої соціально-економічної системи суспільства є захищеність кожного її учасника від багатьох негативних явищ, які об'єктивно можуть виникати в процесі життєдіяльності та порушувати нормальний режим. Одним із вагомих шляхів подолання негативних наслідків та захисту особи від багатьох таких негативних явищ є страхування. Суть природи страхування ще до сьогодні чітко не визначена та достеменно науковцями не з'ясована. Тлумачать страхування з економічного, фінансового, соціального, юридичного, соціологічного, математичного, географічного, інформаційного та інших поглядів.

У словниковій літературі містяться різні визначення терміну "страхування". Так, у словнику української мови слово "страхувати" пояснюється як "уберігати кого-небуть від нещасного випадку при виконанні або здійсненні чогось"; "уберігати кого-небудь, що-небудь від чогось небажаного, неприємного".

Зміст терміну "страхування " у багатьох європейських країнах походить від слів, які символізують упевненість, надійність, добробут, безпечність. В українській науці панує думка, що термін "страхування" та похідні від нього слова є не зовсім придатними для використання, бо пов'язані з кореневим словом "страх". Тим не менше, на сьогодні альтернативи цьому терміну не запропоновано і, власне, поняття страхування відображене у чинному законодавстві України.

Легальне визначення терміну "страхування" в Україні наведено в Законі «Про страхування» від 07.03.1996 № 85/96-ВР: "Страхування - це вид цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних осіб та юридичних осіб у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування або чинним законодавством, за рахунок грошових фондів, що формуються шляхом сплати фізичними особами та юридичними особами страхових платежів (страхових внесків, страхових премій) та доходів від розміщення коштів цих фондів".

Однак, така дефініція поняття страхування є неповною, оскільки дія закону України "Про страхування" не поширюється на загальнообов'язкове державне соціальне страхування і визначення останнього знаходиться поза межами даного закону.

Вказане визначення охоплює той вид страхування, яке є різновидом цивільно-правових договорів і регулює певну групу цивільних відносин. Загальнообов'язкове державне соціальне страхування має зовсім іншу сферу дії.

Соціальне страхування відображає механізм реалізації соціальної політики.

В.Д. Базилевич та К.С Базилевич соціальне страхування розглядають як гарантовану державою систему заходів щодо забезпечення громадян у старості, на випадок захворювання, втрати працездатності, щодо підтримки материнства та дитинства, а також з охорони здоров'я членів суспільства в умовах безплатної медицини. А.П. Архипов, В.Б. Гомелля, Д.С. Туленты вказують, що соціальне страхування являє собою систему відносин по перерозподілу національного доходу шляхом формування із обов'язкових страхових внесків роботодавців і працівників спеціальних страхових фондів для компенсацій втрати трудового доходу чи його підтримання протягом дії конкретних соціальних ризиків .

У соціально-політичному аспекті соціальне страхування є одним із способів реалізації конституційного права громадян на матеріальне забезпечення у старості, у разі хвороби, повної або часткової втрати працездатності, при втраті годувальника, при безробітті тощо.

Враховуючи вищенаведені думки авторів з приводу визначення соціального страхування, можна дати таку дефініцію цього поняття: соціальне страхування - це соціальна система щодо надання соціальних послуг та матеріального забезпечення за рахунок відповідних державних та недержавних страхових фондів особам у разі настання відповідного страхового ви-

© Максимишин Р., 2011

падку з метою компенсації втрати заробітку та покращення становища особи через систему збереження та відновлення її здоров'я, профілактичних та реабілітаційних заходів тощо в процесі порушення її життєдіяльності.

Підставою здійснення страхових виплат є страховий випадок, який, у свою чергу, є різновидом соціального ризику.

Соціально значима обставина об'єктивного характеру, з настанням якої громадяни (члени їхніх сімей) не здатні самостійно себе утримувати, а тому потребують додаткового матеріального захисту з боку держави називається соціальним ризиком.

Одним із найпоширеніших соціальних ризиків, які трапляються практично із усіма людьми є тимчасова втрата працездатності.

Взагалі, під працездатністю розуміють здатність до праці, що залежить від стану здоров'я, фізичного, духовного розвитку (розумових та емоційних можливостей), а також професійних знань, уміння і досвіду працівника, що дає йому змогу виконувати роботу визначеного обсягу, характеру та якості. Тобто, здатність людини до праці оцінюється не лише за можливістю виконання роботи та функціональним станом організму, а й за додатковими критеріями (стан здоров'я, професійні знання, вміння, досвід тощо).

Поняття працездатності широко використовується в різних науках. При цьому, слід зазначити, що повніше його зміст розкривається через використання понять "непрацездатність" та "втрата працездатності", які найчастіше зустрічаються в трудовому праві, праві соціального забезпечення тощо.

Втрачаючи працездатність, людина втрачає можливість реалізувати свої права та обов'язки, що безпосередньо стосуються виконання покладеної на неї роботи.

Т.А. Федорова у підручнику "Страхование" поділяє втрату працездатності на постійну і тимчасову. До постійної відносить такі обставини як старість, необхідність постійного догляду та інвалідність.

Більшість науковців окрім постійної та тимчасової втрати працездатності виділяє ще один вид непрацездатності за тривалістю – стійку втрату працездатності, яка традиційно в законодавстві визначається поняттям "інвалідність", оскільки існує ряд випадків, коли інвалідність встановлюється на певний визначений термін (наприклад, при нестійких, зворотних морфологічних змінах і порушеннях функцій органів і систем організму), після якого працездатність може бути поновлена.

Тимчасова втрата працездатності як вид непрацездатності являє собою неспроможність особи виконувати свої трудові обов'язки внаслідок короткотривалих обставин об'єктивного характеру і має тимчасовий зворотний характер під впливом лікування та реабілітаційних заходів, триває до відновлення працездатності або встановлення групи інвалідності, а в разі інших причин - до закінчення причин відсторонення від роботи.

Тимчасова непрацездатність застрахованих осіб засвідчується листком непрацездатності, що в подальшому дає підстави для отримання допомоги, компенсації, чи ряду інших гарантій.

Лише у випадку страхування страховиком особі, котра втратила працездатність гарантується матеріальне забезпечення та надання соціальних послуг за рахунок відповідних соціальних страхових фондів.

Таким чином, аналіз терміну страхування і зіставлення його із такими поняттями як соціальне страхування, працездатність, тимчасова втрата працездатності, які містяться у різних наукових працях та нормативно-правових актах, дає можливість вивести нову дефініцію – соціальне страхування у зв'язку із тимчасовою втратою працездатності, зміст якої можна окреслити як один із елементів соціального страхування та спосіб реалізації конституційного права, що полягає у матеріальному забезпеченні та наданні ряду соціальних гарантій і послуг із відповідних державних та недержавних страхових фондів застрахованій особі, яка тимчасово втратила працездатність .

Соціальне страхування у зв'язку із тимчасовою втратою працездатності має на меті збереження, відновлення та поліпшення здоров'я застрахованої особи, а також компенсацію втраченого заробітку за час тимчасової втрати працездатності та в інших, визначених законом, випадках. Таким чином, соціальне страхування у зв'язку із тимчосовою втратою працездатності виконує як відновлювально-компенсаційну, так і охоронно-попереджувальну функцію.

Оскільки заздалегідь неможливо визначити конкретну застраховану особу (одна застрахована особа може тимчасово втратити працездатність, а інша - ні) та передбачити час настання тимчасової втрати працездатності, відносини соціального страхування у зв'язку із тимчасовою втратою працездатності носять імовірний характер. У випадку настання тимчасової втрати працездатності, сплачені застрахованою особою кошти повертаються їй із державного чи недержавного страхового фонду відповідно до розміру завданої шкоди. Отримати допомогу, компенсацію чи ряд інших гарантій має право лише та застрахована особа, яка тимчасово втратила працездатність, що засвідчується листком тимчасової непрацездатності. Страхові платежі, які сплачують застраховані особи у відповідні соціальні страхові фонди мають цільове використання і призначені виключно для надання матеріального забезпечення та надання соціальних послуг, що стосуються збереження, відновлення та поліпшення здоров'я застрахованої особи, яка тимчасово втратила працездатність.

ЗНАЧЕННЯ КОНКУРСНОГО ВІДБОРУ ДЛЯ УКЛАДЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Мокрицька Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до законодавства укладення трудового договору з певними категоріями працівників відбувається тільки за фактом конкурсного відбору. Передусім це посади науково-педагогічних працівників, державних службовців третьої-сьомої категорії, керівників державних суб'єктів господарювання, суддів судів загальної юрисдикції тощо.

Варто відзначити, що конкурсний відбір нерідко ототожнюється з обранням особи на посаду. Це відбувається тому, що досі не визначені законодавчі чіткі критерії конкурсного відбору, які б ставили в залежність обрання на посаду тільки від його результатів. Таким чином створюються перешкоди у реалізації права на працю особою, яка перемогла у конкурсі. Адже не врегульованими залишається і питання з якого моменту трудовий договір вважається з нею укладеним, та які законодавчі вимоги до його оформлення.

Тобто виникнення індивідуально-трудових правовідносин, а отже і набуття прав та обов'язків сторін трудового договору залежить від цієї обставини. Вирішальна роль у цьому випадку, як видається, належить нормам права, які і визначають достатній обсяг правомірних та вольових дій, необхідних для укладення трудового договору. Останній дозволяє замістити вакантну посаду особі, яка відповідає законодавчим вимогам, що ставляться до кандидата, пройшла конкурсний відбір та була обрана на посаду за його результатами в порядку, визначеного законодавством України.

Конкурсне заміщення вакантної посади мало б передбачати виявлення переможця за найкращим виконанням умов конкурсного відбору. Якщо проігнорувати цю обставину, тоді укладення трудового договору відбувається не за фактом конкурсного відбору, а за фактом обрання на посаду. Адже переможцем стає той, хто не стільки найкраще виконав умови конкурсного відбору, скільки на думку членів колегіального органу (суб'єкта обрання) повинен стати переможцем. Таким чином йдеться про два чинники: об'єктивний, що полягає у найкращому виконання умов конкурсного відбору, і суб'єктивному. Останній виражений у тому, що суб'єкт обрання беручи до уваги найкраще виконання умов конкурсного відбору обирає шляхом голосування (у тому числі таємного) ту особу, яка на його думку повинна зайняти вакантну посаду.

Наприклад, процедура обрання державного службовця на посаду здійснюється під впливом суб'єктивного чинника – голосування кожного члена комісії, а не об'єктивного – найкращого виконання умов конкурсного відбору. Останні не є визначеними настільки, щоб за результатами конкурсного відбору (складеного іспиту та співбесіди) можна було б встановити переможця конкурсу.

У конкурсі не має бути довіри до претендента, сформованої стараннями, зусиллями, роботою на успіх колективу. Довіра ґрунтується на якнайкращому виконанні умов конкурсу, тобто тих показників, за допомогою яких перевіряється особисті та ділові якості майбутнього працівника. По суті перемога б мала б залежати більше від претендента на посаду, а ніж від суб'єкта обрання.

Таким чином переможцем конкурсного відбору повинен бути той, хто найкраще виконав його умови з врахуванням результатів проведеної співбесіди на основі законодавчо встановлених критеріїв відбору. Разом з тим, беручи до уваги аналіз законодавства України, обрання за конкурсним відбором може здійснюватися у наступних формах: колегіальним суб'єктом обрання, який висловлює власну думку щодо кандидатів керуючись критеріями найкращого виконання умов конкурсного відбору, які визначені законодавчо ; колегіальним суб'єктом обрання обираються кандидати тільки з поміж тих, які найкраще склали іспит з можливим врахуванням результатів співбесіди; колегіальним суб'єктом обрання можуть обиратися на посаду декілька осіб, а конкретний переможець визначається суб'єктом, якому належить право приймати на роботу. На нашу думку, підхід законодавця щодо останньої не є правильним. Адже у випадку, коли один з претендентів на зайняття посаду перебуває у індивідуально-трудових правовідносинах з відповідним роботодавцем, то йому очевидно бути надана перевага перед іншими рекомендованими кандидатура-

© Мокрицька Н., 2011

ми.Найкраще виконання умов конкурсного відбору не повинно бути оціночним поняттям. Тому в умовах конкурсу мають бути визначені чіткі критерії оцінки.

Як бачимо значення конкурсний відбір полягає у тому, суб'єктивна оцінка кожного члена цього колегіального органу має грунтуватися на результатах проведенного відбору з поміж усіх. Отже приймається рішення, у якому відображається обрання на посаду за фактом конкурсного відбору. Тобто визначається шляхом голосування єдиний претендент, як правило, на посаду, який на думку більшості членів колегіального органу має право замістити вакантну посаду.

Суб'єктом обрання може бути конкурсна комісія або інший уповноважений законом орган. Він не є стороною трудового договору. Її рішення може вводитися в дію рішенням керівника органу, до якого особа, яка перемогла у конкурсному відборі, приймається на роботу.

Аналіз законодавства дає підстав для висновку, що керівник не вправі змінити рішення конкурсної комісії, з прийняттям якого завершується проведення конкурсного відбору. У законодавстві не передбачено юридичних наслідків у випадку, коли керівник відмовляється призначити на посаду. Також не зазначено форму прийняття такого рішення. Вочевидь, якщо йдеться про акт про призначення, то порядок його видання визначається відповідними законами. У іншому випадку укладення трудового договору мало б бути пов'язане з рішенням конкурсної комісії, яке набирає законної сили після призначення на посаду.

Конкурсний відбір можна вважати подією, оскільки пов'язує між собою певні послідовні етапи, які повинні відбуватися тільки один за одним. Разом з тим законодавець зазначає, що трудовий договір укладається не з тим, хто скажімо найкраще склав іспит, а той хто шляхом голосування був обраний на посаду уповноваженим суб'єктом. Проте, видається правильним буде вважати, що

Як вже було зазначено, рішення конкурсної комісії, оформлене як протокол чи подання, набирає юридичної сили після введенням його в дію суб'єктом , що вправі від імені роботодавця приймати на роботу. Останній є керівником відповідного органу чи іншим суб'єктом, який уповноважений на підставі належним чином оформлених результатів конкурсного відбору видавати акт про обрання (призначення) на посаду. Ним затверджується рішення конкурсної комісії, яке не може бути змінене суб'єктом призначення. Вочевидь індивідуально-трудові правовідносини ще не виникли, бо норми права пов'язують набуття прав та обов'язків сторін трудового договору не з самим фактом конкурсного відбору, а з укладенням трудового договору. Рішення конкурсної комісії, яке вводиться у дію актом суб'єкта призначення підтверджує юридичне право переможця конкурсу на укладення трудового договору, окрім випадків, коли конкретний переможець визначається з поміж обраних конкурсною комісією суб'єктом, якому належить право приймати на роботу Але що потрібно розуміти під укладенням трудового договору, а саме з якого моменту виникають права та обов'язки його сторін законодавець не роз'яснив.

Зазначимо, що рішення конкурсної комісії щодо обрання керівника державного суб'єкта господарювання є підставою для укладення контракту між органом управління (господарською структурою) та переможцем конкурсного відбору. Підставою для видання головою відповідного суду наказу про прийняття на роботу судді суду загальної юрисдикції є відповідний указ Президента України про призначення особи. А рішення Вченої ради вищого навчального закладу (факультету) є підставою для видання наказу про прийняття на роботу, якому передує укладення трудового договору.

Як бачимо наказ про зарахування працівника на роботу лише виконує роль письмового оформлення укладеного трудового договору, але не є датою виникнення прав та обов'язків його сторін. Заздалегідь не є відомим, чи реалізує обрана особа своє право на укладення трудового договору. Адже заява працівника, яка подається на участь у конкурсі автоматично не стає заявою про прийняття на роботу.

Наприклад, якщо керуватися Методичними рекомендаціями Головдержслужби щодо оформлення документів з окремих питань кадрової роботи, то у ньому передбачено, що підставою для видання наказу є заява працівника і протокол засідання конкурсної комісії. Разом з тим у Постанові Кабінету Міністрів України «Про застосування статті 13 Закону України «Про державну службу» особи, що претендують на зайняття посади державного службовця подають декларації за місцем майбутньої роботи разом із заявою про прийняття на роботу або про участь у конкурсі. Водночас, як вже було раніше у роботі з'ясовано, призначення на посаду відображене у документах, які складають особову справу кожного державного службовця. Тут передбачено, що у ній має

бути крім заяви про призначення на посаду також заява про участь у конкурсі, протокол (витяг з протоколу) конкурсної комісії (для осіб, які призначаються на конкурсній основі). Вочевидь, заява про участь у конкурсі передує заяві про призначення на посаду. Це різні за своїм змістом документи, але обидва повинні бути в особовій справі.

Отже подання про прийняття на роботу на ім'я керівника означає, що особа вступає на посаду, виявила бажання працювати у відповідного роботодавця, яка у той ж день підлягає резолюції. Завізована заява особи є вказівкою для розроблення відповідного наказу про прийняття на роботу. У ній завжди зазначається, з якої дати особа бажає приступити до фактичного виконання своїх трудових обов'язків за укладеним трудовим договором. Тобто дату подання заяви можна розглядати як дату укладення трудового договору (дату вступу на посаду), адже роботодавець не вправі відмовити особі у прийнятті на роботу. Строк подання заяви мав би визначатися у рішенні уповноваженого на призначення суб'єкта. Було б нелогічно визначати її у протоколі (поданні), адже заздалегідь невідомо коли керівник введе своїм рішення у дію протокол конкурсної комісії.

Разом з тим законодавством можуть встановлені додаткові вимоги для заміщення відповідної посади. Наприклад, хоч і указ Президента України є підставою для видання наказу про прийняття на роботу судді суду загальної .юрисдикції вперше, повноваження судді особа набуває тільки з моменту складення присяги судді. Тому датою укладення трудового договору можна вважати дату вчинення цієї юридичної дії.

Контракт теж є письмовим оформленням укладеного трудового договору за фактом конкурсного відбору. Разом з тим, якщо норми права ставлять в залежність видання наказу про прийняття на роботу власне з наявністю контракту, то очевидно йдеться про законодавчу вимогу, яка свідчить про вступ особи на посаду. Тоді заява про прийняття на роботу не може бути датою укладення трудового договору.

Контрактна форма трудового договору застосовується тільки у випадках, передбачених законами. Зокрема, за фактом конкурсного відбору контракт укладається з керівником державного суб'єкта господарювання, завідувачем кафедрою, керівником вищого навчального закладу. Згідно Закону України «Про освіту» - з керівниками навчальних закладів, що є загальнодержавною власністю і підпорядковані Міністерству освіти України, з керівниками навчальних закладів, що є загальнодержавною власністю і підпорядковані іншим міністерствам і відомствам України. Контракт набуває чинності з моменту його підписання сторонами, якщо інше не передбачено умовами контракту, і може бути змінений тільки за угодою сторін у письмовій формі. Він є підставою для видання наказу (розпорядження) про призначення керівника на посаду (наймання на роботу) з дня, встановленого за угодою сторін у контракті.

На відміну від чинного законодавства проект ТКУ встановив чіткі правила прийняття на роботу і у випадку укладення трудового договору за конкурсним відбором. Зокрема тут передбачено, що з переможцем конкурсу укладається трудовий договір у строк, визначений умовами проведення конкурсу. Якщо цей строк не встановлено, трудовий договір укладається наступного дня після оголошення результатів конкурсу. Відмова переможця конкурсу без поважних причин укласти трудовий договір протягом тижня після закінчення встановленого строку дає роботодавцеві право відмовити йому у прийнятті на роботу.

Вважаємо, що виникнення прав та обов'язків сторін трудового договору має бути пов'язане зі строком для вступу на посаду, який зазначений у рішенні конкурсної комісії, що набрало законної сили. Разом з тим таку норму можна застосовувати тільки тоді, коли оголошення результатів конкурсу пов'язувати з днем набрання чинності рішення конкурсної комісії, яким встановлений переможець волевиявлення керівника чи іншого уповноваженого субєтка, що оформлене у вигляді акту про призначення на посаду.

Отже, як видається, правове регулювання укладення трудового договору за фактом конкурсного відбору відбувається законодавцем за правилами обрання на посаду за фактом виборів. Норми права, які визначають достатній обсяг правомірної поведінки суб'єктів, що беруть участь у конкурсному відборі, не пов'язують виникнення індивідуально-трудових правовідносин з набранням законної сили рішення колегіального суб'єкта обрання. Конкурсний відбір у чинному законодавстві хоч і не ігнорує, але не визнає найкраще виконання його умов запорукою зайняття відповідної посади. Фактично це і не можливим буде до тих пір, до поки на законодавчому рівні не будуть визначені основні критерії найкращого виконання умов конкурсного відбору.

ПРО ФОРМИ КОНКУРЕНТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКА І РОБОТОДАВЦЯ

Рим О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання захисту комерційних інтересів роботодавця як учасника конкуретної боротьби стають усе більш актуальними через збільшення нечесних форм такої боротьби, що нерідко призводить до порушення чинного законодавства, яке регулює відповідні відносини. Зокрема, світовий досвід показує, що найбільш розповсюдженими формами конкуренції у трудових правовідносинах, тобто зовнішнім виразом сутності цієї правової категорії, вважаються розголошення комерційної таємниці роботодавця та самовільне використання працівником конфіденційних відомостей останнього в особистих інтересах або на користь третьої особи. При цьому, як слушно зазначає Ю. Стенцель, використовувати термін «конкурентна діяльність» до трудових правовідносин ми можемо лише умовно, оскільки відсутній сам факт економічних конкурентних відносин між сторонами трудового договору. Виняток становить тільки використання комерційної таємниці роботодавця працівником під час здійснення ним підприємницької діяльності, адже в такому разі він сам перетворюється на конкурента роботодавця. Попри це, використання саме цього терміну є слушним, адже відповідні заборони і обмеження спрямовані на недопущення порушення прав роботодавця саме як учасника економічної конкурентної боротьби.

Нагадаємо, що економічна конкуренція, тобто змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, усіляко на державному рівні підтримується і захищається, оскільки зумовлює подальший розвиток економіки. Зокрема, за порушення законодавства про захист економічної конкуренції можуть застосовуватись заходи юридичної відповідальності щодо винних осіб. Підстави для застосування таких заходів визначаються спеціальним Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР.

Зважаючи на зміст та спрямованість конкурентних дій цей закон дозволяє не тільки вказати на форми економічної конкурентної діяльності, що вважаються нечесними і підлягають обмеженню, але й певним чином їх згрупувати. Так, до першої групи належать неправомірні дії, що спрямовані на отримання певних переваг над конкурентами за рахунок їхньої інтелектуальної діяльності та ділової репутації (неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упакування, товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу конкурента; порівняльна реклама).

Другу групу формують неправомірні дії, які мають на меті дезорганізацію виробничого процесу конкурента, створення йому перешкод у процесі конкурентної боротьби та досягнення неправомірних переваг у конкуренції (дискредитація господарюючого суб’єкта; купівля – продаж товарів, виконання робіт, надання послуг із примусовим асортиментом; схилення до бойкоту господарюючого суб’єкта; схилення постачальника до дискримінації замовника (покупця); схилення господарюючого суб’єкта до розірвання договору з конкурентом; підкуп працівника постачальника чи покупця (замовника)).

І нарешті, останню групу виражають дії, які пов’язані з неправомірним збиранням, розголошенням (схиленням до розголошення) та використанням комерційної таємниці.

Неважко переконатись з наведеного, що економічна конкуренція дозволяється у тих формах, які не заборонені на законодавчому рівні. При цьому, звертаємо увагу на третю групу форм нечесної економічної конкуренції, а саме, неправомірне розголошення та використання комерційної таємниці. Очевидно, розголошення комерційної таємниці роботодавця працівником як форма конкуренції у трудових правовідносинах фактично формує об’єктивну сторону правопорушення «нечесна економічна конкуренція». Так само, як і неправомірне використання цих відомостей найманим працівником під час здійснення власної підприємницької діяльності.

© Рим О., 2011

З урахуванням наведеного можна дійти висновку, що форми конкурентної діяльності у трудових правовідносинах тотожні нечесним формам економічної конкуренції третьої групи поділу, який пропонується вище. Але, так може видатись лише на перший погляд. І для того, щоб спростувати це припущення, пропонуємо детальніше зупинитись на характеристиці дій, за допомогою яких вчиняється конкуренція у трудових правовідносинах. Зазначимо, що у зарубіжній юридичній літературі ці дії вважаються способами вчинення конкурентної діяльності, що, вочевидь, є вірно, і найбільш поширеними серед них такі:

- ✓ здійснення працівником господарської діяльності аналогічної з діяльністю теперішнього чи колишнього роботодавця;
- ✓ виконання роботи за сумісництвом на конкурента роботодавця;
- ✓ виконання роботи за трудовим договором на конкурента колишнього роботодавця;
- ✓ виконання роботи чи надання послуг за цивільно – правовими договорами на користь конкурента роботодавця;
- ✓ доведення до відома сторонніх осіб конфіденційних комерційних відомостей роботодавця, у тому числі повідомлення цієї інформації його конкурентам, та інші способи.

Як бачимо, не усі перераховані вище дії можна вважати проявами нечесної економічної конкуренції з огляду на те, що вчиняються вони фізичними особами (найманими працівниками чи колишніми найманими працівниками), а не суб'єктами підприємницької діяльності. Такими, вочевидь, є виконання роботи за сумісництвом на конкурента роботодавця, а також виконання роботи чи надання послуг за цивільно – правовими договорами на користь конкурента роботодавця та ін.

Таким чином, згідно з чинним вітчизняним законодавством лише доведення до відома сторонніх осіб конфіденційних комерційних відомостей роботодавця, у тому числі повідомлення цієї інформації його конкурентам, а також здійснення працівником господарської діяльності аналогічної з діяльністю теперішнього чи колишнього роботодавця можуть бути визнані формами прояву нечесної економічної конкурентної діяльності, що забороняються.

Усі інші способи вчинення конкуренції у трудових правовідносинах не можна вважати різновидами чесної чи нечесної економічної конкуренції, адже як зазначено у ст. 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР, неправомірне використання відповідних даних матиме місце за умови його здійснення під час господарської діяльності.

Решта ж форм нечесної економічної конкуренції, які передбачені у Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР, не можуть вчинятись найманими працівниками, проте вони можуть сприяти та допомагати третім особам у вчиненні таких дій. Наприклад, вчиняючи підкуп працівника постачальника третя особа розраховує, що найманий працівник буде неналежно виконувати чи взагалі не буде виконувати свої посадові обов'язки і це призведе до отримання конкурентом покупця певних переваг. Такі дії чи бездіяльність працівника можна кваліфікувати як невиконання чи неналежне виконання ним трудових обов'язків, що в результаті сприяло нечесній конкуренції. Однак суб'єктом нечесної конкуренції тут буде третя особа, а працівник відповідатиме згідно з нормами трудового права, наприклад, як за порушення трудової дисципліни. Фактично, у цьому разі має місце використання працівника як «знаряддя» чи «засобу» у нечесній конкурентній боротьбі. Вести мову про його участь як суб'єкта конкурентної діяльності за таких обставин гадаємо, що не можна. Тому такі дії працівника не можна розглядати як конкурентні.

Наведене дозволяє зробити висновок про те, що форми конкурентної діяльності у трудових правовідносинах і форми економічної конкуренції є взаємообумовленими, але аж ніяк не тотожними правовими категоріями за своїм змістом.

ПОНЯТТЯ ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ

Рушинець Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Інститут відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам вперше був закріплений національним законодавством у 20 – х рр. ХХ ст. У процесі історичного розвитку він зазнав суттєвих змін і доповнень. Особливості сучасного правового регулювання відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам визначені спеціальною главою чинного Земельного кодексу України (Глава 24) .

На даний час категорію відшкодування збитків необхідно розглядати у декількох значеннях. Зокрема, відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам є: 1) формою відповідальності певного суб'єкта за порушення договірних зобов'язань або вчинення делікту; 2) суб'єктивним правом власника землі (землекористувача) вимагати компенсації завданих збитків; 3) юридичним обов'язком заподіювача шкоди; 4) способом захисту прав на земельну ділянку. Крім того, однією з найвагоміших новел вітчизняного земельного права є визнання на законодавчому рівні відшкодування збитків гарантією прав власника (землекористувача).

У правовій науці немає однозначної думки щодо визначення поняття гарантій, як немає і єдиної загальновизнаної позиції стосовно класифікацій правових гарантій. О.Ф. Фрицький визнає гарантіями систему норм, принципів, умов та вимог, які у сукупності забезпечують додержання прав і свобод та законних інтересів особи. Також в юридичній літературі гарантії прав і свобод визначаються як умови, засоби, способи, які забезпечують здійснення в повному обсязі і всебічну охорону прав і свобод особи; система узгоджених факторів, що забезпечують фактичну реалізацію та всебічну охорону прав і свобод людини тощо.

Дослідженням питання гарантій прав на землю займалися В.В. Носік, Н.І. Василенко, М.В. Шульга, І.І. Каракаш, В.І. Федорович та інші.

Зокрема, М.В. Шульга стверджує, що гарантіями прав на землю є система нормативних приписів і правових способів, передбачених земельним законодавством (матеріальним і процесуальним), які забезпечують нормальну юридичну можливість відповідних суб'єктів набути суб'єктивне право, реалізувати його в процесі практичної діяльності, а при порушенні цього права забезпечити йому належний захист. Також у юридичній літературі гарантії прав на землю в Україні розглядаються як сукупність правових заходів, які є невід'ємним елементом правового регулювання земельних відносин в Україні, що спрямовані на раціональне використання та охорону землі, забезпечення вільної реалізації права власності на землю всіма суб'єктами, визначеними в Конституції та законах України.

Таким чином, гарантії – це створення умов та надання таких юридичних засобів державою, за яких особа вільно і безперешкодно мала б можливість реалізувати закріплене за нею право. Без гарантій права і свободи людини перетворюються на своєрідні «заяви про наміри», що не мають ніякої цінності ні для особи, ні для суспільства.

За формою закріплення відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам є галузевою гарантією, яка знайшла своє відображення у чинному Земельному кодексі України і спрямована на реалізацію передбаченого Основним Законом права власності.

Крім того, за критерієм характеру правових норм відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам є матеріальною гарантією, що передбачає можливість особи вимагати поновлення свого порушеного права власності (користування). А визначений земельним законодавством порядок відшкодування збитків швидше можна віднести до процедурних, а не до процесуальних гарантій. Норми – гарантії процедурного характеру не містять визначених стадій, передбачають спрощений порядок встановлення фактів, і реалізація їх здійснюється не судом, а іншими уповноваженими організаціями. Процедура відшкодування збитків полягає у здійсненні юридично значимих дій, спрямованих на реалізацію покладених на учасників земельних правовідносин суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Такі юридичні дії можуть мати місце, наприклад, при визначення розміру і складу збитків спеціальними комісіями.

© Рушинець Ю., 2011

Ще однією класифікацією юридичних гарантій є їх поділ на гарантії реалізації, гарантії охорони та гарантії захисту. На відміну від охорони прав, яка завжди передбачає превентивні заходи, спрямовані на запобігання порушенню прав, об'єктом захисту завжди є вже порушене право особи, що викликає необхідність застосування відповідних засобів і способів для його поновлення. Саме таку мету переслідує інститут відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам - відновлення порушеного або іншим чином незабезпеченого права користування або права власності на земельну ділянку. Внаслідок цього, визначаючи його місце у системі юридичних гарантій, відшкодування збитків потрібно розглядати як гарантію захисту прав.

Важливим питанням є з'ясування змісту відшкодування збитків як земельно – правової гарантії прав власників і користувачів на належні їм земельні ділянки. Аналіз вище наведених наукових підходів до визначення поняття гарантій надає можливість зробити висновок, що змістом правових гарантій є сукупність двох взаємозалежних елементів: способів захисту відповідного права та правових засобів реалізації діяльності.

Власник (користувач) земельної ділянки має право вимагати поновлення свого порушеного права власності (користування) шляхом застосування закріплених в ЗК способів, одним з яких визначено відшкодування заподіяних збитків. Відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам як спосіб захисту прав на землю полягає у здійсненні правових дій державних органів, інших уповноважених осіб, які безпосередньо спрямовані на усунення порушень та відновлення земельних прав власників (користувачів) земельних ділянок за їх зверненням.

Кожен передбачений законом спосіб захисту реалізується за допомогою відповідних йому засобів – подання скарг, заяв, позовів тощо. Як правило, спосіб захисту може бути реалізований за допомогою кількох альтернативних законних засобів за вибором уповноваженої особи.

У сучасній земельно – правовій літературі існує думка про те, що гарантії захисту повинні передбачати поділ способів захисту прав на землю на міри відповідальності і міри захисту. Варто наголосити, що відшкодування збитків власникам землі і землекористувачам як гарантію захисту неможливо однозначно визначити категорією захисту або категорією відповідальності. Адже, крім того, що відшкодування збитків є способом захисту прав на землю, цей інститут безперечно є загальною формою цивільної відповідальності заподіювача шкоди. Головною ознакою, яка лежить в основі розмежування понять «захисту» і «відповідальності» є мета їх застосування.

Відповідальність перш за все передбачає створення негативних правових наслідків для порушника, позбавлення його певних благ і цінностей внаслідок вчинення ним факту правопорушення. А використання певного способу захисту завжди спрямоване на поновлення порушених прав власника чи користувача земельної ділянки. Відшкодування збитків переслідує подвійну мету – як поновлення порушених прав, так і завдання негативних наслідків заподіювачу шкоди. Однак, в контексті категорії відповідальності можна говорити про відшкодування збитків лише в тому випадку, коли підставою для їх компенсації було вчинення неправомірних дій і заподіяння шкоди такими діями. Натомість відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам за Земельним кодексом України передбачено також для випадків вчинення деяких правомірних дій. В цьому разі компенсація завданих збитків не може розглядатися через призму юридичної відповідальності.

Необхідно зазначити, що передбачена правовими нормами можливість вимагати відшкодування збитків є не тільки гарантією права, але й самостійним правом, що відповідає теоретико – правовій структурі суб'єктивного права особи. Структурними елементами права на відшкодування збитків треба визначити 1) можливість власника (користувача) земельної ділянки одержати відшкодування збитків (за структурою суб'єктивного права – це право на свої дії, які в даному випадку носять пасивний характер); 2) можливість вимагати від порушників відшкодування завданої шкоди (право на чужі дії); 3) можливість власника (користувача) земельної ділянки звертатися до державних органів чи уповноважених осіб за захистом, примусовим забезпеченням свого права на відшкодування збитків у випадку відмови заподіювача шкоди від їх компенсації (право на забезпечувальні дії держави). Цим, власне, і підтверджується визначення відшкодування збитків матеріальною гарантією за критерієм характеру правових норм, які її закріплюють.

Норми права, які передбачають право або обов'язок особи, є матеріально – правовими. Процесуально – правові регламентують порядок, форми і методи реалізації прав і обов'язків. Застосування процесуальних норм – гарантій при здійсненні відшкодування збитків матиме місце в разі відмови заподіювача шкоди від компенсації та звернення власника чи користувача земельної ділянки до уповноважених суб'єктів за захистом свого права.

Узагальнюючи всі наведені особливості земельно – правового інституту відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам, дослідження яких було проведено крізь призму категорії юридичних гарантій, можна запропонувати таке його визначення. Відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам є однією із законодавчих гарантій прав на землю, яка забезпечує можливість власнику (користувачу) земельної ділянки вимагати від заподіювача шкоди компенсації завданих ним негативних наслідків майнового характеру, з метою поновлення та належної реалізації свого права власності чи права користування земельною ділянкою.

ГАРАНТУВАННЯ СОЦІАЛЬНИМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯМ ГІДНОГО РІВНЯ ЖИТТЯ ОСОБИ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.

Синчук С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Серед засадничих ідей, які визначають сутність системи норм права соціального забезпечення та спрямовані на створення достатнього рівня правового захисту громадян, що зазнали впливу соціальних ризиків науковці завжди обґрунтовували ті, що визначали обсяг забезпечення права особи на соціальне забезпечення. Лише залежно від періоду проведених досліджень та стандартів, які визначали рівень такого забезпечення змінювалась назва та сутність принципу. Так, одним із галузевих принципів права соціального забезпечення вчені називали принцип високих розмірів пенсій та допомог, які б задовольняли основні матеріальні та духовні потреби громадян (В.С. Андрєєв, Є.І. Астрахан, І.В. Гущін, А.Д. Зайкін, А.М. Єгоров , Р.І. Іванова та ін.); принцип наукової та економічної обґрунтованості соціальних нормативів, що полягає у відповідності соціальних виплат, їх розміру потребам людини та задовольняти їх (Н.Б. Болотіної); принцип забезпечення права на соціальне забезпечення на рівні прожиткового мінімуму (В.Л. Стрепко, Т.З. Гарасимів)

Вперше гарантування соціальним забезпеченням гідного рівня життя особи як принцип сучасного права соціального забезпечення обґрунтував П.Д. Пилипенко, чим започаткував нову сферу вітчизняних наукових досліджень.

У фаховій літературі гідний рівень життя, передусім пов’язують із належними заробітними платами та соціальними виплатами. І такий підхід цілком логічний, зважаючи на те, що саме матеріальний дохід сім'ї формує її добробут та визначає обсяг забезпеченості людей життєвими благами. Особливої уваги тут заслуговують ті, хто не набув або втратив засоби до існування з незалежних від них причин (зарплату, дохід, аліменти). Функцію забезпечення гідного життя для них повинні виконувати ті види соціального забезпечення, які людина отримує відповідно до законодавства, як необхідне джерело, основні засоби для існування: пенсійні виплати, соціальні виплати.

Основним завданням держави є створити систему правових норм, щоб вона гарантувала забезпечення соціальними виплатами на такому рівні, щоб він забезпечував збереження гідного рівня життя та гарантував його високу якість.

Теоретичною та методологічною основою розвитку теорії гідного рівня життя особи свого часу послужили доктрини якості трудового життя, якості життя, держави всезагального благоденства, соціальної та правової держави, які були широко розповсюджені в державах ОСЕР у 70-80-роках ХХ ст. Вони відображали та розвивали систему міжнародних норм – правових документів Ради Європи, які встановили високі стандарти для соціальної сфери та надали системі соціального забезпечення характеру фундаментального права з міжнародною системою контролю.

У рамках адаптації законодавства України до законодавства до Європейського Союзу вагомого значення набуває питання дотримання міжнародних стандартів, зокрема європейських у сфері соціального захисту.

Держава проголошена соціальною державою, яка здійснює політику, спрямовану на створення умов, що забезпечують гідне життя та вільний розвиток людини. Саме вона має обов’язок забезпечити всім громадянам такий мінімум соціальних можливостей та соціальної захищеності, які необхідні для підтримання гідного людини життя нормального задоволення її матеріальних та духовних потреб. В даній нормі право на життя наповнюється соціальним змістом та перетворюється на право на гідне життя, реалізація якого повинна здійснюватись державою, в т. ч. в системі соціального захисту населення та соціального забезпечення. При цьому основні зобов’язання держави не можуть бути делеговані іншим суб’єктам. Соціально-правовий обов’язок держави як гаранта соціальних прав людини знайшов своє відображення у ст. 16 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії». Тут,

© Синчук С., 2011

зокрема, проголошується, що держава гарантує забезпечення основних потреб громадян на рівні встановлених законом державних соціальних стандартів і нормативів.

Зрозуміло, що індивідуальні потреби людини різноманітні та суб'єктивні, однак це не означає, що вони повинні залишатися за межами правового регулювання. Державні соціальні стандарти прав людини повинні юридично закріплюватись та не ототожнюватись з тим чи іншим політичним устроєм держави, системою економіки тощо.

У формальному змісті «гідне існування людини» досить легко розкладається на юридично операційні компоненти та юридизується згідно загальноприйнятих стандартів соціального благополуччя: це об'єктивно-статистичні параметри, по-перше, життєдіяльності людини, по-друге, соціальних умов життя. Однак проблема юридизації поняття «гідна життєдіяльність» формально-статистичним аспектом не вичерпується. Зміст цього терміну повинен містити більш ширші соціокультурні контексти, виражати гуманістичну концепцію людського буття. (І.П. Малінова)

М.Ю. Федорова звертає увагу на те, що тут важливі декілька напрямків вирішення. Передусім, уявлення про соціальну норму, які на сьогодні формалізовані в категорію прожиткового мінімуму, відображають не лише матеріальні, а й інші потреби людини. По-друге, в системі соціального забезпечення встановлені гарантії, спрямовані не лише на фізіологічне виживання людини, але і на досягнення його соціального благополуччя з точки зору можливості спілкування з іншими людьми, самореалізації і т.п. І саме таке розуміння «гідного життя людини» як соціальне благо може слугувати базовою теоретичною посилкою для обґрунтування необхідності створення та ефективного функціонування системи соціального забезпечення, яка спрямована на задоволення основних матеріальних та духовних потреб тих членів суспільства, які з огляду на об'єктивні чинники позбавлені можливості самостійного подолання важких життєвих ситуацій.

Правовою основою для встановлення та врахування при реалізації державою конституційної гарантії громадян на достатній життєвий рівень є закон «Про прожитковий мінімум». Відповідно до ст. 6 Закону «Про державні соціальні стандарти та соціальні гарантії» базовим державним соціальним стандартом в України є прожитковий мінімум. На його основі визначаються державні соціальні гарантії та стандарти у сферах доходів населення, житлово-комунального, побутового, соціально-культурного обслуговування, охорони здоров'я та освіти.

Базовими величинами, на основі яких встановлюються державні соціальні стандарти, в т. ч. прожитковий мінімум, є соціальні норми та нормативи. Вони слугують показниками необхідного споживання продуктів харчування, непродовольчих товарів і послуг, а також забезпечення освітніми, медичними, житлово-комунальними, соціально-культурними послугами.

При обчисленні розміру прожиткового мінімуму враховуються дві складові його обсягу: фізіологічна (вартісне вираження матеріальних цінностей, необхідних для існування особи) та соціальна (набір духовних цінностей мінімально прийнятого рівня життя). При цьому фізіологічна складова прожиткового мінімуму формується з метою забезпечення повноцінного функціонування та розвитку здорового організму людини, зважаючи на її вікові критерії, а також задоволення організму працюючої особи у відтворенні працездатності, збереження працездатності для безробітного, відновлення у необхідних випадках працездатності для особи, яка її втратила. Друга, соціальна складова спрямована на задоволення мінімальної потреби громадян у житлі, організації побуту, користуванні транспортом, закладами культури, освіти, охорони здоров'я тощо.

Прожитковий мінімум спрямований, переважно на забезпечення матеріальних потреб людини, на її фізіологічне виживання, тому у різних організаційно-правових формах соціального забезпечення слід застосовувати різні соціальні нормативи. Наприклад, для соціального страхування переважно застосовується мінімальний (а в майбутньому – раціональний) споживчий бюджет, який передбачає врахування та реалізацію також духовних потреб людини, її освіти, підвищення кваліфікації і т.п.

У сфері соціального забезпечення прожитковий мінімум застосовується для встановлення мінімальної пенсії за віком, визначення розмірів соціальної допомоги, допомоги сім'ям з дітьми, допомоги по безробіттю, а також інших соціальних виплат, виходячи з вимог Конституції України та законів нашої держави. Він також має юридичне значення при визначенні

права на призначення соціальної допомоги та державних соціальних гарантій і стандартів обслуговування й забезпечення в галузях охорони здоров'я, освіти, соціального обслуговування тощо.

Гідний рівень життя не слід ототожнювати з прожитковим мінімумом, оскільки він не є абсолютним державним соціальним стандартом для всіх видів соціального забезпечення громадян в Україні. Забезпечення на рівні не нижче прожиткового мінімуму вважається визначальним для основних видів матеріального соціального забезпечення та досягається сукупністю всіх видів забезпечення, що становлять зміст суб'єктивного права на соціальне забезпечення. Деякі види соціального забезпечення не завжди можуть узгоджуватись з розміром прожиткового мінімум (наприклад, деякі соціальні пільги чи соціальне обслуговування непрацездатних). Тим не менш, прожитковий мінімум як державний соціальний стандарт тут визначає право особи на такі види соціального забезпечення. Воно настає лише у тому випадку, якщо сукупний її дохід не перевищує розмір прожиткового мінімуму.

Негативною вітчизняною практикою у сфері соціального забезпечення є наявність подвійних соціальних стандартів. Адже, попри всю свою значимість прожитковий мінімум не є єдиним державним соціальним стандартом в Україні. Крім нього широко використовується інший вагомий показник – рівень забезпечення прожиткового мінімуму. Він визначається як реальний державний соціальний стандарт, що є слугує критерієм для визначення особи нужденною. Щорічно цей мінімум закріплюється у законі про Державний бюджет та використовується для призначення державних соціальних допомог.

Сучасне розуміння гідного рівня життя дещо відрізняється від його тлумачення у більш ранніх періодах розвитку суспільства. Якщо раніше акцент ставився лише на матеріальне забезпечення особи (включаючи матеріальне забезпечення та можливість соціальної активності), то сьогодні до уваги береться і його інша складова - духовна частина особистості. Важливо, щоб людина відчувала себе необхідною суспільству: гідне життя – це не лише оптимальне матеріальне забезпечення, але й можливість професійної самореалізації людини, яка дає змогу відчувати самоповагу.

Останнім часом все більш активно розвивається система гарантій, котрі забезпечують реалізацію права на життя особи, не лише у можливості використанні добробуту соціально-побутової, освітньої та іншої сфери, а й у напрямку її соціальної (суспільної) активності. Такі традиційні основні види соціального забезпечення, як пенсії та соціальні виплати, вже не забезпечують належний, відповідний міжнародним стандартам рівень життя людини. Вимоги сьогодення вимагають глибшого розуміння рівня життя особи та розширюють його межі від мінімального до гідного. У зв'язку з цим важливими є розвиток сучасних видів соціального забезпечення – соціальних послуг, які зможуть забезпечити реалізацію соціальної активності особи можливість її соціального не виключення із суспільства. До них віднесемо, наприклад, гарантії державного догляду за дітьми батькам, які бажають поєднувати батьківство із здійсненням трудової діяльності, соціальної та професійної реабілітації, а також життєдіяльності інвалідів, спрямовані на набуття чи відновлення здатності до трудової діяльності за певною спеціальністю чи професією, здатності спілкуватись з іншими людьми, вести соціально прийнятний спосіб життя, займатись фізичною культурою, отримувати освіту, відвідувати театри, музеї. Сюди також слід віднести спеціальні форми соціального захисту безробітних. Всі ці складові спрямовані в кінцевому рахунку на реалізацію соціальної складової права на життя, на забезпечення гідного життя та вільного розвитку таких громадян.

СУТНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ПРАЦЮ

Стасів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України у ч. 1 ст. 43 закріплює право на працю, яке включає можливість заробляти собі на життя працею, яку кожен вільно обирає та на яку вільно погоджується. Це право є одним із основних соціальних прав людини, тому важливо правильно розуміти його суть.

У науці трудового права нема одностайної позиції науковців щодо розуміння сутності права на працю. Так, Н.Б. Болотіна зазначає, що «право на працю людини в Україні є суб'єктивним правом. Це право забезпечено системою юридичних норм, які утворюють окрему галузь права, - трудове право». У цьому контексті, на думку Процевського О.І., необхідно розрізняти такі юридичні терміни як «праця» і «робота». Так, праця – цілеспрямована діяльність людини, що потребує фізичної або розумової енергії та орієнтована на створення матеріальних і духовних цінностей. Була і залишається важливим фактором формування і розвитку людини. Робота – так би мовити, зовнішня форма, в якій реалізується праця, яку створює і держава. Робота створюється умовами життя суспільства, рівнем розвитку техніки і технології тощо. Очевидно, що поняття «право на працю» є значно ширшим за поняття «право на роботу». Воно охоплює будь-яку діяльність людини, яка може і не охоплюватися правом взагалі. У зв'язку з цим, на думку науковця, людина вільно обирає та погоджується не на працю, як це написано у ст. 43 Конституції України, а на роботу, яку для неї створює та пропонує держава. Тобто правом на працю володіє людина, а роботу створює держава.

Як видається, Конституція України в ст. 43 право на працю закріплює дещо ширше, тобто воно включає поняття «робота». Адже реалізовувати це право особа може в різних формах. З цього приводу Європейська соціальна хартія проголошує, що «кожен повинен мати можливість заробляти собі на життя шляхом вільного вибору професії та занять» (ст.1). Тобто право на працю може бути реалізовано і поза трудовим договором в різних формах, в протилежному разі це буде обмеженням засади свободи праці. Такими формами реалізації права на працю є зайняття підприємницькою діяльністю, і укладення цивільно-правових договорів (договір підряду; договір доручення; авторський договір тощо) або ж вступити на військову службу чи на службу в органи внутрішніх справ тощо.

Право на працю за Основним законом нашої держави реалізовується громадянами добровільно. Будь-яке нав'язування цього права особі необхідно розглядати як примусову працю.

В Конституціях деяких країн, прийнятих безпосередньо після другої світової війни, було також проголошено право на працю і обов'язок працювати під впливом досвіду СССР і католицької соціальної доктрини. Так, в преамбулі Конституції Французької Республіки 1946р., яку залишила діюча Конституція 1958р., проголосила важливі соціально-економічні права, в тому числі і право на працю у наступному формулюванні: «кожен зобов'язаний працювати і має право на отримання посади». Конституція Японії 1947р. також закріпляє право на працю і обов'язок працювати. Однак, як зазначив І.Я. Кісільов, на Заході у поняття «право на працю» і «обов'язок працювати» вкладали іншу суть, ніж у колишньому СССР. Під працею, перш за все розумілася професійна діяльність, не тільки робота з найму, але і будь-який інший вид зайнятості, в тому числі у якості підприємців, незалежних працівників, і найголовніше – згадувані поняття повністю виключали позаекономічний примус. Акцент робиться на свободу праці.

Аналіз міжнародного законодавства дає можливість зробити висновок, що українське законодавство не зовсім співпадає і з загальноприйнятими міжнародними актами. Так, ст.23 Загальної декларації прав людини містить положення за яким, «кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці та на захист від безробіття». Ратифікований Україною Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права у зміст права на працю вкладається «право кожної людини на отримання можливостей заробляти собі на життя вільною працею». У відповідності із ст.1 Європейської соціальної ха-

© Стасів О., 2011

ртії праву особи на працю повинен кореспондувати обов'язок держави створити умови для можливості його реалізації кожним.

Право на працю у національному трудовому праві має основоположний, фундаментальний характер, воно є основою для реалізації усіх інших трудових прав. Реалізуючи своє право на працю в межах трудового права особа укладає трудовий договір. З цього моменту на працівника поширюється дія всіх трудових прав, в тому числі й тих, що визначенні Конституцією України. Останні мають особливе значення для трудового права, адже визначають основи здійснення та особливості трудових відносин. До них необхідно віднести: право на відпочинок та оплату праці; право на безпечні та здорові умови праці, заборону примусової праці, а також захист трудових і соціально-економічних прав громадян професійними спілками та іншими уповноваженими трудовим колективом органами; право на страйк, захист трудових прав іншими не забороненими законом засобами.

Отже, конституційне право на працю може вільно реалізовуватися кожною особою у різних організаційно-правових формах, в тому числі шляхом укладення трудового договору.

ПОНЯТТЯ ТА СКЛАД ЗЕМЕЛЬ ОЗДОРОВЧОГО ПРИЗНАЧЕННЯ В УКРАЇНІ

Федорович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Землі оздоровчого призначення є окремою категорією земель в Україні (ст. ст. 19, 47 Земельного кодексу України (надалі ЗК України)), важливою складовою частиною земельного фонду в Україні.

Землям даної категорії характерний особливий правовий режим, основними ознаками якого є, на думку Булах І.Г.: 1) наявність на них природних лікувальних ресурсів; 2) нерозривний звязок з правовим режимом виявлених на цих землях природних лікувальних ресурсів; 3) використання земель оздоровчого призначення для медичної реабілітації, профілактики захворювань і лікування людей; 4) пільговий режим оподаткування земель оздоровчого призначення; 5) встановлення обмежень або заборон діяльності, що можуть негативно вплинути на стан земель оздоровчого призначення і якість природніх лікувальних ресурсів; 6) відсутність юридичних критеріїв відмежування земель оздоровчого призначення від інших категорій земель.

Разом з тим наведений перелік ознак далеко не повністю відображає специфіку правового режиму земель оздоровчого призначення. Це повязано передусім з тим, що не враховано усіх особливостей обєкта правового режиму – земель оздоровчого призначення.

Правовий режим земель даної категорії складається з декількох елементів. Один із них є наявність обєкта правового регулювання, на який поширюється цей режим. Землі оздоровчого призначення є особливою категорією земель, тобто частиною земельного фонду України, яка призначена і використовується за цільовим призначенням.

Стаття 47 ЗК України, відносячи до земель оздоровчого призначення землі, що мають природні лікувальні властивості, які використовуються або можуть використовуватися для профілактики захворювань та лікування людей, не виражає їх структури. Це зроблено у Законі України «Про курорти», який до соновних складових земель даної категорії відносить курорти та лікувально- оздоровчі місцевості. Спільними ознаками курортів та лікувально – природних місцевостей є те, що вони є природними територіями, які мають природні лікувальні ресурси (мінеральні і термальні води, лікувальні грязі та озокерит, ропу лиманів та озер і інше), кліматичні умови, що є сприятливими для лікування, медичної реабілітації, профілактики захворювань та для рекреації. Відрізняється курорт від лікувально – оздоровчої місцевості наявністю будівель та споруд з обєктами інфраструктури, необхідних для експлуатації природних лікувальних ресурсів і оголошенням природної території курортною у встановленому законом порядку. Для більш повного зясування ознак земель оздоровчого призначення можна погодитися з Петлюком Ю.С. в тому, що законодавець нечітко визначив просторово – територіальну організацію цих земель, адже природні лікувальні властивості, що використовуються для профілактики захворювань і лікування людей, тією чи іншою мірою має переважна більшість земель.

На відміну від ЗК України, ЗК Російської Федерації не виділяє землі оздоровчого призначення в окрему категорію, а визначає їх складвою частиною земель особливо охоронюваних територій та обєктів. Відповідно до ст. 96 ЗК Російської Федерації до складу земель лікувально-оздоровчих місцевосей і курортів належать землі, що володіють природніми лікувальними ресурсами (родовищами мінеральних вод, лікувальних грязей, ропою лиманів та озер), сприятливим кліматом та іншими природніми факторами, які використовуються або можуть використовуватися для лікування людей чи профілактики захворювань. Разом з тим, ЗК Російської Федерації вимагає визнання в установленному законом порядку не тільки курортної території, а й лікувально – оздоровчої місцевості. Ст. 3 ЗК Російської Федерації встановлює, що визнання території лікувально-оздоровчою місцевістю або курортом здійснюється залежно від її значення Урядом РФ або органом місцевого самоврядування на основі спеціальних курортологічних, гідрогеологічних та інших досліджень.

© Федорович І., 2011

У законодавчому визначенні земель оздоровчого призначення (ЗК України) не згадується така їх ознака як особлива правова охорона цих земель. Зокрема, відповідно до п. 2 ст. 48 ЗК України, на території лікувально – оздоровчих місцевостей і курортів встановлюються округи і зони санітарної (гірничо – санітарної) охорони. Ст 27 Закону України «Про курорти» вказує, що метою саніторної охорони курортів є збереження природних властивостей наявних лікувальних ресурсів, запобігання забрудненню, пошкодженню та передчасному виснаженню цих ресурсів. Таким чином, особлива правова охорона є важливою ознакою правового режиму земель оздоровчого призначення в Україні. Важливо. що межі округів і зон санітарної (гірничо – санітарної) охорони затверджуються одночасно з прийняттям рішення про оголошення природніх територій курортними.

Проте, основною ознакою земель оздоровчого призначення є наявність природніх лікувальних властивостей. Однак вказівка у ст. 47 ЗК України на те, що природними лікувальними властивостями володіють землі оздоровчого призначення, є не зовсім корректною, оскільки такими властивостями володіють не самі землі, а розташовані на них природні лікувальні ресурси. На це вказує в авторефераті своєї кандидатської дисертації Петлюк Ю.С. Ст. 16 Закону України «Про курорти» вказує, що виявлення природних лікувальних ресурсів здійснюється шляхом комплексних медико – біологічних, кліматологічних, геологогідрологічних, курортологічних та інших дослідницьких робіт.

Таким чином, враховуючи вищенаведене, пропонується наступне визначення земель оздоровчого призначення: до земель оздоровчого призначення належать особливо охоронювані землі курортів та лікувально – оздоровчих місцевостей, що мають природні лікувальні ресурси з відповідними лікувальними властивостями, які використовуються або можуть використовуватися для профілактики захворювань та лікування людей.

ЗМІНА ПРІОРИТЕТІВ ТА ЗАВДАНЬ ЗЕМЕЛЬНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Майже 20 років тому всі землі в Україні були проголошені об'єктом земельної реформи, основні завдання якої полягали в тому, щоб запроваджувати і розвивати різні форми власності та господарювання на землі, створювати умови для раціонального і ефективного використання земель як основного національного багатства. Для досягнення цих завдань необхідно було передусім кардинально змінити відносини земельної власності, створити ефективну систему правового забезпечення реформування земельних відносин, розвивати передумови для залучення земель до ринкового обігу.

За цей час в Україні було розроблено та прийнято три редакції Земельного кодексу, численні закони та підзаконні нормативно-правові акти у сфері регулювання земельних відносин. Разом з тим добитися здійснення поставлених завдань вдалося далеко не в повній мірі.

З позитивних результатів реформування земельних відносин в Україні можна відзначити юридичну демонополізацію земельної власності, яка здійснювалася переважно шляхом приватизації та роздержавлення земель; запровадження плати за користування землями; започаткування залучення земельних ділянок у сферу ринкового обігу, хоч із суттєвими обмеженнями. Проте це лише початкові кроки на шляху до сталого землекористування та цивілізованого ринку земель.

На сьогодні у сфері земельних відносин ситуація залишається кризовою і такою, що потребує негайного поліпшення. Це стосується і необхідності кардинальних змін земельного законодавства.

Серед основних причин незадовільного стану земельних відносин в Україні Концепція Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року, (надалі-Концепція) виділяє:

- ✓ відсутність:

1) зваженої державної земельної політики та механізму її реалізації;

2) ефективної системи фінансово-економічного і землевпорядного механізму регулювання земельних відносин та землекористування;

3) послідовної державної політики щодо комплексного розвитку земельного законодавства;

4) виваженої державної політики формування і розвитку ринку земель сільськогосподарського призначення і т.і.;

- ✓ недооцінку складності, масштабів і специфіки зміни земельних відносин у ході проведення економічних реформ;
- ✓ подрібнення земельних масивів і створення великої кількості невеликих за розміром і малоефективних господарств у сільському господарстві;
- ✓ ігнорування проблеми комплексного підходу до розвитку сільських територій;
- ✓ дублюванням функцій Держкомзему іншими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування;
- ✓ ряд інших причин об'єктивного та суб'єктивного характеру.

Внаслідок зазначених та інших причин у сфері землекористування та охорони земельних ресурсів виникла низка проблем, серед яких виділяється:

- ✓ незавершеність земельного законодавства та відсутність системи гарантування прав на землю;
- ✓ відсутність стратегічного та перспективного планування використання та охорони земель, низька ефективність державного управління земельними ресурсами та землекористуванням.;
- ✓ нерозвиненість економічних та правових відносин власності на землю;

© Федорович В., 2011

- ✓ недосконаліть та нерозвиненість законодавства, інфраструктури ринку земель;
- ✓ відсутність законодавства з ведення державного земельного кадастру та його автоматизованої системи;
- ✓ недооцінка ролі системи землеустрою як основного фактору залучення в економіку країни природного потенціалу земельних ресурсів;
- ✓ недосконаліть процедур перерозподілу земель при зміні їх основного цільового призначення;
- ✓ не відбулося поєднання в одній особі власника землі і господаря (82% приватизованих земель використовується на правах оренди);
- ✓ незадовільне бюджетне фінансування заходів із землеустрою та охорони земель та родючості ґрунтів і т.і.

Проблеми розвитку земельних відносин, відповідно до Концепції передбачається розв'язати шляхом:

- ✓ визначення організаційного, економічного та землевпорядного механізму розвитку земельних відносин;
- ✓ забезпечення створення системи гарантування прав власності на землю та інфраструктури ринку землі;
- ✓ удосконалення системи платежів за землю;
- ✓ формування дієвої системи підвищення ефективності державного регулювання земельних відносин та управління землекористуванням;
- ✓ забезпечення здійснення заходів із землеустрою як інструментарію регулювання земельних відносин;
- ✓ поетапного введення земельних ділянок та прав на них в економічний оборот;
- ✓ формування та розвиток ринку земель;
- ✓ формування інституту обмежень у використанні земель, пов'язаних з охороною земель, та забезпечення економічної збалансованості землекористування;
- ✓ фінансового та інвестиційного забезпечення програмних заходів;
- ✓ наукового та освітнього забезпечення.

Здійснення вказаних заходів дасть змогу досягти сталого розвитку землекористування, зокрема:

- ✓ підвищити ефективність та екологічну безпеку використання суспільством земельних ресурсів;
- ✓ здійснити раціоналізацію (оптимілізацію) землекористування та створити інвестиційно-привабливе і стале землекористування;
- ✓ збільшити надходження від платежів за землю в бюджетах всіх рівнів;
- ✓ запровадили повноцінний ринок земель, особливо сільськогосподарського призначення, створити умови для кредитування землевласників під заставу земельних ділянок;
- ✓ підвищити ефективність оренди землі, особливо у сільському господарстві.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОПОДАТКУВАННЯ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРОВИРОБНИКІВ

Цюцик О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З огляду на сучасні реалії та проблеми проходження податкової реформи в Україні актуальним є питання оподаткування сільськогосподарських товаровиробників, які характеризуються спеціальною податковою правосуб'єктністю.

Відповідно до чинного податкового законодавства України вітчизняні сільськогосподарські товаровиробники можуть оподатковуються за двома системами оподаткування: загальною та спрощеною.

При оподаткуванні на загальних підставах сільськогосподарські товаровиробники сплачують такі обов'язкові платежі: податок на додану вартість (ПДВ); податок на прибуток підприємств; плата за землю (земельний податок, а також орендна плата за земельні ділянки державної та комунальної власності); комунальний податок; збір за геологорозвідувальні роботи, виконані за рахунок державного бюджету; збір за спеціальне водокористування; збір за спеціальне використання природних ресурсів; збір на розвиток виноградарства, садівництва і хмелярства; плата за придбання торгового патенту на здійснення торговельної діяльності; збір до Державного інноваційного фонду тощо.

Спрощена система оподаткування передбачає сплату фіксованого сільськогосподарського податку (ФСП), який введено в дію на території України Законом України «Про фіксований сільськогосподарський податок» від 17.12.1998р. № 320-XIV. ФСП – це комплексний податок, який об'єднує всі податки та збори (обов'язкові платежі), які можуть сплачуватись виключно у сфері сільського господарства. ФСП встановлюється у фіксованій ставці і справляється з одиниці земельної площі, адже об'єктом оподаткування є площа сільськогосподарських угідь, переданих сільськогосподарському товаровиробнику у власність або наданих йому у користування, в тому числі на умовах оренди, а також земель водного фонду, які використовуються рибницькими, рибальськими та риболовецькими господарствами для розведення, вирощування та вилову риби у внутрішніх водоймах (озерах, ставках та водосховищах) (ч.1 ст.3 Закону).

Відповідно до ч.1 ст.2 цього Закону особи можуть бути зареєстровані як платники ФСП, якщо такі особи є сільськогосподарськими підприємствами різних організаційно-правових форм, передбачених законами України, селянські та інші господарства, які займаються виробництвом (вирощуванням), переробкою та збутом сільськогосподарської продукції, а також рибницькі, рибальські та риболовецькі господарства, які займаються розведенням, вирощуванням та виловом риби у внутрішніх водоймах (озерах, ставках та водосховищах), у яких сума, одержана від реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки за попередній звітний (податковий) рік, перевищує 75 % загальної суми валового доходу. Звідси випливає, що сільськогосподарські товаровиробники як платники ФСП повинні відповідати певним вимогам:

1. Зареєстровані як підприємства різних організаційно-правових форм незалежно від форми власності.

Це стосується і фермерських господарств (ФГ), тому що відповідно до ст.1 Закону України „Про фермерське господарство" від 19.06.2003р. № 973-IV ФГ є формою підприємницької діяльності громадян із створенням юридичної особи, які виявили бажання виробляти товарну сільськогосподарську продукцію, займатися її переробкою та реалізацією з метою отримання прибутку на земельних ділянках, наданих їм для ведення фермерського господарства, відповідно до закону.

2. Займаються виробництвом (вирощуванням), переробкою та збутом сільськогосподарської продукції. Основним видом діяльності платника ФСП є сільськогосподарське виробництво, коди якого підтверджуються довідкою управління статистики.

© Цюцик О., 2011

3. Сума, одержана від реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки за попередній звітний (податковий) рік, перевищує 75 % загальної суми валового доходу.

Відповідно до роз'яснювального Листа Державної податкової адміністрації України «Про окремі питання взяття на податковий облік платника фіксованого сільськогосподарського податку» від 18.11.2004р. N 22521/7/15-3417 платник ФСП повинен характеризуватися і такою додатковою ознакою: наявність площ сільськогосподарських угідь, їх грошової оцінки, що підтверджується довідкою органів земельних ресурсів, підпорядкованих Держкомзему України, а також земель водного фонду, які використовуються рибницькими, рибальськими та риболовецькими господарствами для розведення, вирощування та вилову риби у внутрішніх водоймах (озерах, ставках та водосховищах). Справді, оскільки об'єктом оподаткування у даному випадку є відповідна земельна ділянка, а ставка ФСП встановлюється у відсотках до грошової оцінки землі, то документи на землю та вищезазначена довідка мають важливе юридичне значення.

У даному Листі ДПА, з посиланням на Закон України «Про фіксований сільськогосподарський податок» та закони, які визначають статус сільськогосподарських виробників, зазначено, що платниками ФСП можуть бути виключно юридичні особи.

Система оподаткування на загальних підставах застосовується до тих сільськогосподарських товаровиробників, в яких у попередньому звітному податковому періоді валовий дохід від операцій з реалізації сільськогосподарської продукції власного виробництва та продуктів її переробки становив менш як 75 % загальної суми валового доходу, а також до тих сільськогосподарських товаровиробників, які реалізують інвестиційні або інноваційні проекти у спеціальних (вільних) економічних зонах, на територіях пріоритетного розвитку із спеціальним режимом інвестиційної діяльності, в умовах технологічних парків, реалізують інноваційні проекти відповідно до Закону України «Про інноваційну діяльність» від 04.07.2002р., або зареєстровані платниками єдиного податку для суб'єктів малого підприємництва.

Звернемо увагу, що законодавець у проекті Податкового кодексу України від 21.09.2010р. № 7101-1 (проект ПКУ) не змінив статус платника ФСП як юридичної особи, однак уточнив розмір питомої ваги доходу сільськогосподарського товаровиробника – «…дорівнює або перевищує 75 %». На нашу думку, 75 % – це занадто високий розмір питомої ваги доходу сільськогосподарського товаровиробника, щоб він мав право на сплату ФСП – право на спрощену систему оподаткування, оскільки сільське господарство є сферою господарської діяльності з підвищеним ступенем виробничо-господарського ризику і сільськогосподарським товаровиробникам необхідно займатися й іншими (несільськогосподарськими) видами діяльності, щоби забезпечити стабільний дохід і відтворювання виробництва.

Ставка ФСП з одного гектара сільськогосподарських угідь встановлюється у відсотках до їх грошової оцінки, проведеної за станом на 1 липня 1995 року, відповідно до Методики грошової оцінки земель сільськогосподарського призначення та населених пунктів, затвердженої постановою Кабінетом Міністрів України від 23.03.1995р. № 213, у таких розмірах: для ріллі, сіножатей та пасовищ – 0,15; для багаторічних насаджень – 0,09; для земель водного фонду, які використовуються рибницькими, рибальськими та риболовецькими господарствами для розведення,вирощування та вилову риби у внутрішніх водоймах, – 0,45 відсотка грошової оцінки одиниці площі ріллі по областях та Автономній Республіці Крим.

У проекті ПКУ зберігаються такі самі ставки ФСП. Крім цього, позитивним положенням у проекті ПКУ є те, що зменшено ставки ФСП для платників податку, які здійснюють діяльність у гірських зонах та на поліських територіях, що покращує правове становище таких сільськогосподарських товаровиробників як платників податків.

Особливість оподаткування сільськогосподарських товаровиробників полягає в тому, що встановлюються пільгові умови їх оподаткування, зокрема стосовно сплати ПДВ, податку на прибуток підприємств. Такі спеціальні режими оподаткування у 2008-2009 роках були значно змінені (з прийняттям Законів України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 31.10.2008р. № 639-VI та «Про внесення змін до деяких законів України щодо запобігання негативним наслідкам впливу світової фінансової кризи на розвиток агропромислового комплексу» від 04.02.2009р. № 922-VI).

Так, відповідно до Закону України «Про податок на додану вартість» від 03.04.1997 № 168/97-ВР встановлено спеціальний режим оподаткування діяльності юридичних та фізичних осіб у сфері сільського та лісового господарства, а також рибальства (ст.8[1]). Суть цього режиму оподаткування полягає в тому, що сума ПДВ, нарахована сільськогосподарським підприємством на вартість поставлених ним сільськогосподарських товарів (послуг), не підлягає сплаті до бюджету та повністю залишається у розпорядженні такого сільськогосподарського підприємства; якщо сума ПДВ, сплачена (нарахована) сільськогосподарським підприємством постачальнику на вартість виробничих факторів, перевищує суму податку, нараховану по операціях з поставки сільськогосподарських товарів (послуг), то різниця між такими сумами не підлягає бюджетному відшкодуванню; однак при вивезенні сільськогосподарських товарів (супутніх послуг) у митному режимі експорту сільськогосподарське підприємство-виробник таких товарів (послуг) має право на бюджетне відшкодування ПДВ, сплаченого (нарахованого) постачальникам товарів (послуг); скасована нульова ставка ПДВ за операціями з поставки сільськогосподарськими товаровиробниками молока і м'яса в живій вазі переробним підприємствам (зазначені операції оподатковуватимуться за ставкою 20 %); продовжена виплата переробними підприємствами дотацій сільгосптоваровиробникам за продане ними молоко і м'ясо у живій вазі тощо.

До Закону України «Про податок на додану вартість» неодноразово вносились суттєві зміни щодо оподаткування сільськогосподарських товаровиробників. Першою групою таких змін фактично було передбачено право спрямовувати суму ПДВ, яку повинні сплачувати до бюджету переробні підприємства за реалізоване молоко та м'ясопродукти, для виплат дотацій сільськогосподарським товаровиробникам за поставлені на переробку молоко та худобу, а наступними змінами встановлені пільги з ПДВ для сільськогосподарських підприємств щодо операцій з продажу товарів (робіт, послуг) власного виробництва, виготовлену із власної сировини, за винятком операцій з продажу переробним підприємствам молока і худоби.

Таким чином, оподаткування сільськогосподарських товаровиробників має певні особливості, пов'язані із специфікою діяльності в такій важливій сфері економіки держави як сільське господарство, що необхідно враховувати при внесенні змін та доповнень у чинне законодавство. А саме:

- ✓ виключно сільськогосподарські товаровиробники можуть оподатковуватися за спрощеною системою – бути платниками ФСП;
- ✓ запроваджено пільговий режим оподаткування ПДВ для сільськогосподарських товаровиробників.

Однак, як видається, кроки впровадження податкової реформи в Україні на сьогодні не є інструментом підвищення конкурентоспроможності сільськогосподарських товаровиробників, вони не сприяють збільшенню економічної активності їх господарської діяльності, не збалансовують інтереси платників податків та держави, а навпаки створюють соціальну напругу в країні. Україна, встановивши курс на євроінтеграцію, повинна переглянути свою державну податкову політику та модернізувати її, врахувавши вимоги ЄС та пам'ятаючи про своє соціальне пріоритетне завдання – забезпечення продовольчої безпеки країни та її громадян, а реалізація останнього неможлива без сільськогосподарських товаровиробників.

Тому доцільно було би повернутися до переліку з 12 податків та зборів (обов'язкових платежів), який було встановлено першою редакцією Закону України «Про фіксований сільськогосподарський податок». Чинною редакцією цього Закону передбачено 6 податків і зборів (обов'язкових платежів), які не сплачують платники ФСП, а у проекті ПКУ їх кількість зменшена до 4-х (п.307.1 ст.307), що обов'язково негативно позначиться на фінансово-економічному становищі сільськогосподарських товаровиробників.

Варто було би також встановити загальну норму щодо звільнення сільськогосподарських товаровиробників від сплати ПДВ і продовжити виплату переробними підприємствами дотацій сільськогосподарським товаровиробникам за реалізовану їм сільськогосподарську продукцію.

СУБ'ЄКТИ ПРОЦЕДУРНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ

Чернявська Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із напрямків соціальної політики нашої держави є створення умов для реалізації конституційного права на соціальний захист, складовою якого є право на соціальне забезпечення у разі безробіття. Однак здійснити його неможливо без дотримання встановленої законодавством процедури призначення виплати чи надання соціальної послуги.

Процедурні правовідносини у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття є допоміжними. Їх основним призначенням є сприяння у виникненні і створенні умов для реалізації матеріальних правовідносин. Разом з тим, порушення процедури при встановленні окремих юридичних фактів чи юридичного фактичного складу може призвести до відмови компетентного органу у призначенні того чи іншого виду забезпечення на випадок безробіття.

Комплексне дослідження процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення було здійснене В.К. Субботенко у 80-х роках XX століття, а тому до певної міри втратило свою актуальність. Досліджувані правовідносини також були предметом наукового аналізу, зокрема, таких вітчизняних вчених-правників: П.Д. Пилипенка, С.М. Синчук, Н.М. Стаховської, Б.І. Сташківа та ін. Окремі аспекти соціального захисту безробітних досліджувалися, зокрема такими українськими науковцями: Н.Б. Болотіною (як різновид правовідносин соціального захисту в Україні), В.В. Юровською (особливості правового регулювання соціально-страхових відносин на випадок безробіття), О.В. Басаєм (правове забезпечення соціального захисту безробітних) та ін.

Загалом, вчені досліджують правові аспекти матеріального забезпечення безробітних. Разом з тим, у правовій науці бракує наукових досліджень саме процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття, їх суб'єктивного складу, без яких реалізація конституційного права на соціальне забезпечення стає неможливою.

Аналіз чинного законодавства свідчить, що існує чимало суб'єктів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття: державна служба зайнятості, комісія з питань фінансування виплат по частковому безробіттю, комісія з призначення одноразової виплати допомоги для організації підприємницької діяльності тощо. Всі вони наділені різними повноваженнями. Однак відсутній їх єдиний перелік та розподіл повноважень. А тому вони потребують групування у види за певним критерієм.

Аналізуючи суб'єктів усієї сукупності процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення, В.К. Субботенко виділяє дві такі їх групи: 1) особи, які звертаються за призначенням пенсії (допомоги); 2) компетентні повноважні органи, які здійснюють соціальне забезпечення або сприяють його здійсненню. На нашу думку, така класифікація не може бути застосована для поділу суб'єктів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття, оскільки не охоплює всіх їх видів. Зокрема, за межами цих груп залишаються особи, які звертаються за встановленням окремих фактів, що мають правове значення (наприклад, набуття статусу безробітного).

У сучасній науковій літературі зустрічаємо дещо іншу класифікацію суб'єктів права соціального забезпечення. Так, за змістом прав і обов'язків, які вони мають у сфері соціального забезпечення, науковець О.І. Кульчицька виділяє: 1) суб'єктів права на соціальне забезпечення; 2) суб'єктів, які надають соціальне забезпечення; 3) суб'єктів, які сприяють в отриманні соціального забезпечення.

Скориставшись вказаним критерієм, спробуємо класифікувати суб'єктів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття. На нашу думку, такими є: 1) суб'єкти, які звертаються для встановлення фактів, що мають правове значення, або для призначення соціального забезпечення на випадок безробіття; 2) суб'єкти, які сприяють в отриманні соціального забезпечення на випадок безробіття; 3) суб'єкти, які сприяють в призначенні соціального забезпечення на випадок безробіття; 4) суб'єкти, які приймають рішення

© Чернявська Г., 2011

про призначення та виплату соціального забезпечення на випадок безробіття; 5) суб'єкти, які надають соціальні послуги.

Першими і головними у цій класифікації є суб'єкти, які звертаються для встановлення фактів, що мають правове значення, або для призначення соціального забезпечення на випадок безробіття. Їх особливістю є те, що згідно чинного законодавства вони повинні особисто звернутися за призначенням відповідного виду забезпечення або встановленням факту, що має правове значення. Для прикладу, особа, яка бажає скористатися послугами державної служби зайнятості щодо працевлаштування, повинна самостійно звернутися з метою реєстрації як такої, що шукає роботу. Аналогічно, безробітний зобов'язаний самостійно подати заяву про надання одноразової допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності. Представництво допускається тільки у випадках отримання вже призначеної допомоги. Наприклад, згідно п. 20 Порядку надання матеріальної допомоги у період професійної підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації, затвердженого наказом Міністерства праці та соціальної політики України № 308 від 20.11.2008 р., вже призначену допомогу може отримати представник безробітного за умови належного оформлення довіреності та довідки лікувального закладу про хворобу безробітного за підписом головного лікаря, скріпленого печаткою.

Необхідність розмежування суб'єктів, які сприяють в отриманні соціального забезпечення на випадок безробіття, та суб'єктів, які сприяють в призначенні відповідного виду соціального забезпечення, зумовлена їх особливим призначенням. Так, до першої групи належать особи, які своїми діями мають намір допомогти суб'єкту отримати соціальне забезпечення, але, разом з тим, не приймають безпосередньої участі у розгляді документів та ухваленні рішення. До таких належать особи, які звертаються до державної служби зайнятості із заявою про виділення коштів для фінансування допомоги по частковому безробіттю. Згідно чинного законодавства правом звернення наділені підприємства незалежно від форми власності та господарювання, які провадять свою діяльність не менш як 24 календарних місяці перед місяцем подання заяви про виділення коштів для виплати допомоги по частковому безробіттю.

Розглядаючи підприємство як суб'єкта, що звертається за виділенням фінансування, варто звернути увагу на некоректність вживання даного терміна. По-перше, підприємство є тільки одним із видів організаційно-правових форм здійснення підприємницької діяльності. Поряд з ним існують товариства та установи, в яких також можливі простої. По-друге, згідно ст. 191 Цивільного кодексу України підприємство є єдиним майновим комплексом і виступає об'єктом правовідносин. По-третє, простої можуть виникати також і у фізичної особи, яка використовує найману працю.

Представниками науки трудового права обґрунтовано доцільність вживання терміна «роботодавець» для позначення суб'єкта трудового права, що надає роботу іншій особі на підставі трудового договору. Зважаючи на те, що призначення та виплата допомоги по частковому безробіттю відбувається в межах трудових правовідносин, вважаємо за доцільне використовувати термін «роботодавець» для позначення суб'єкта права на отримання фінансування допомоги по частковому безробіттю.

Суб'єктами, які сприяють в призначенні матеріального забезпечення та соціальних послуг на випадок безробіття, є ті, які безпосередньо розглядають документи та дають мотивований висновок про призначення забезпечення або про відмову в призначенні. Останній, зазвичай, є підставою для прийняття державною службою зайнятості рішення про надання забезпечення. До таких суб'єктів належать: 1) міський центр зайнятості у випадку надання фінансування на виплату допомоги по частковому безробіттю; 2) комісія з питань одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації підприємницької діяльності; 3) комісія з питань фінансування виплат по частковому безробіттю регіонального центру зайнятості.

Міський центр зайнятості, за загальним правилом, є суб'єктом, який приймає рішення про призначення соціального забезпечення. Разом з тим, у випадку призначення допомоги по частковому безробіттю, він належить до категорії суб'єктів, які сприяють в призначенні соціального забезпечення на випадок безробіття, оскільки безпосередньо не призначає допомогу, а лише надає пропозиції щодо її виплати.

Чинним законодавством передбачена детальна процедура створення та діяльності комісії з питань фінансування виплат по частковому безробіттю. Вона створюється регіональним центром зайнятості шляхом видання відповідного наказу у складі представників регіонально-

го центру зайнятості, управлінь економіки, праці та соціального захисту населення міських державних адміністрацій, територіальної державної інспекції праці Держнаглядпраці, регіонального координаційного комітету сприяння зайнятості населення від соціальних партнерів (за згодою). Також законодавством детально врегульовано порядок організації діяльності комісії, а саме: її створення, процедуру проведення засідань, порядок голосування та прийняття рішень.

Поряд з цим, у п. 2.8. Порядку фінансування виплат по частковому безробіттю та надання допомоги по частковому безробіттю, затвердженого наказом Міністерства праці та соціальної політики № 45 від 07.02.2009 р., зазначено, що висновки комісії носять рекомендаційний характер. Це означає, що директор центру зайнятості може прийняти рішення про виділення коштів для фінансування виплати допомоги або про відмову в цьому без урахування висновку комісії. У цьому випадку зводиться нанівець вся робота комісії, яка затрачає час для розгляду документів, досліджує їх та приймає колегіальне рішення шляхом голосування. Окрім того, такий порядок розгляду документів допускає можливість зловживання зі сторони директора державної служби зайнятості, який може вирішувати питання про фінансування ґрунтуючись на власному переконанні та вигоді.

Зважаючи на вище наведене, вважаємо за доцільне закріпити у законодавстві детальну процедуру прийняття рішення директором регіонального центру зайнятості про фінансування допомоги по частковому безробіттю з метою уникнення зловживань владою.

Дещо інший статус має комісія з призначення одноразової виплати допомоги для організації підприємницької діяльності. Вона є колегіальним органом, який створюється за ініціативою державної служби зайнятості. Окрім ініціатора створення, до її складу входять представники місцевих державних адміністрацій, організацій (об'єднань) роботодавців та профспілок (за згодою).

Комісія, що аналізується, також належить до суб'єктів, які сприяють в призначенні соціального забезпечення. До її повноважень належить підготовка висновку про здатність особи до підприємницької діяльності. Він надається виходячи з професійної діагностики безробітного, набутих ним знань з організації підприємницької діяльності та аналізу його бізнес-плану. Разом з тим, висновок вказаної комісії має обов'язковий характер. Він є підставою для видачі центром зайнятості наказу про надання одноразової виплати допомоги по безробіттю для організації безробітним підприємницької діяльності. Звідси випливає, що комісія де-факто приймає рішення про призначення одноразової виплати допомоги. Тому, на нашу думку, більш правильно було б зазначити, що рішення про одноразову виплату допомоги по безробіттю не приймається керівником державної служби зайнятості, а оформляється наказом вказаного органу.

До суб'єктів, які приймають рішення про призначення та виплату соціального забезпечення на випадок безробіття, як вже зазначалося вище, належить державний центр зайнятості в особі його місцевих органів. Вказаний орган має неоднорідний статус в різних процедурних правовідносинах щодо призначення матеріального забезпечення на випадок безробіття. В одних випадках (призначення допомоги по безробіттю, матеріальної допомоги в період професійного навчання) він самостійно досліджує всі надані документи та приймає рішення про призначення допомоги або про відмову в її наданні. В інших – лише оформляє рішення на підставі висновків відповідних комісій (призначення одноразової виплати допомоги при організації безробітним підприємницької діяльності).

У більшості випадків повноваження щодо прийняття рішень про надання соціального забезпечення на випадок безробіття мають міські центри зайнятості. Виняток, становить регіональний центр зайнятості, який виділяє кошти на фінансування допомоги по частковому безробіттю.

До суб'єктів, які надають соціальні послуги, можна віднести центри зайнятості, оскільки вони здійснюють пошук підходящої роботи.

Отже, у досліджуваних процедурних правовідносинах беруть участь різні суб'єкти, яких доцільно об'єднати у групи залежно від змісту прав і обов'язків, які вони мають у сфері соціального забезпечення на випадок безробіття. Це має важливе практичне значення для подальшого дослідження видів суб'єктів процедурних правовідносин у сфері соціального забезпечення.

ВИДИ КОНТРОЛЮ ЗА ВИКОРИСТАННЯМ ТА ОХОРОНОЮ ЗЕМЕЛЬ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Чопик О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Контроль за використанням та охороною земель лісогосподарського призначення – це діяльність органів управління у сфері земельних відносин, спрямована на дотримання всіма суб'єктами використання земель лісогосподарського призначення вимог земельного та лісового законодавства; має комплексний характер, об'єднуючи діяльність щодо контролю за використанням та охороною земель і лісів.

Земельний контроль, тобто контроль за дотриманням земельного законодавства, охороною і використанням земель є інститутом земельного права та важливим елементом більш широкого контролю у сфері використання та охорони інших природних ресурсів, тобто екологічного контролю. Гуманітарна складова сучасного розвитку та формування інститутів громадянського суспільства передбачає приділення уваги охороні земель та всього навколишнього природного середовища, організації раціонального природокористування, дотриманню земельних прав, їх реалізації, виконанню земельних обов'язків. Проблема підвищення ефективності земельного контролю, правового регулювання його видів та форм є однією з найбільш актуальних правових проблем.

Відповідно до ст.187 Земельного кодексу України контроль за використанням та охороною земель полягає в забезпеченні додержання органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями і громадянами земельного законодавства України.

Контроль за охороною, захистом, використанням та відтворенням лісів як складова частина екологічного контролю є однією із функцій управління у сфері природокористування та охорони навколишнього природного середовища. Зазначена функція є діяльністю уповноважених державних органів виконавчої влади, громадських інспекторів охорони навколишнього природного середовища, громадських природоохоронних організацій, що здійснюється в межах матеріальних та процесуальних норм екологічного законодавства, спрямовану на спостереження (нагляд) і перевірку додержання органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установам, організаціями та громадянами, власниками лісів, постійними і тимчасовими лісокористувачами нормативних положень та вимог, сформульованому у чинному лісовому законодавстві.

Лісовим кодексом України прямо передбачено наявність двох видів контролю за охороною, захистом, використанням та охороною земель лісогосподарського призначення: державний та громадський. Проте, з огляду на існування місцевого самоврядування як реалізації права територіальних громад на вирішення питань місцевого значення, самостійним видом контролю за охороною та використанням земель вважаємо самоврядний контроль.

Найбільш ефективним та законодавчо врегульованим є державний контроль за охороною, захистом, використанням та відтворенням лісів, що здійснюється Кабінетом Міністрів України, центральними органами виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища, з питань лісового господарства, органами виконавчої влади з питань лісового господарства та з питань охорони навколишнього природного середовища Автономної Республіки Крим, територіальними органами центральних органів виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища, з питань лісового господарства, іншими центральними та місцевими органами виконавчої влади в межах повноважень, визначених законом (ст. 94 Лісового кодексу України).

Правові, економічні та соціальні основи організації здійснення державного контролю за використанням та охороною земель, спрямовані на забезпечення раціонального використання і відтворення природних ресурсів та охорону довкілля, визначені Законом України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19 червня 2003 року.

Діяльність щодо здійснення державного контролю за раціональним використанням та охороною земель у юридичній науці вважається здійснюваною у процесуальній формі упорядкованою сукупністю дій уповноважених посадових осіб (державних інспекторів) та підконтрольних їм

© Чопик О., 2011

суб'єктів, спрямованих на встановлення юридичних фактів, які свідчать про дотримання або порушення земельного законодавства у процесі використання земель.

Чинне законодавство України у сфері контролю за використанням та охороною земель розрізняє державний контроль за використанням та охороною земель та державний контроль за додержанням законодавства про охорону земель. Перше поняття є ширшим за друге, що відображається на обсязі повноважень державних органів у цій сфері.

Самоврядний контроль за використанням та охороною земель – це діяльність сільських, селищних, міських районних і обласних рад, спрямована на додержання вимог земельного законодавства, забезпечення гарантій реалізації земельно-правових нормі утвердження законності в земельних відносинах. Можливість здійснення самоврядного контролю у галузі земельних відносин передбачена ст.189 Земельного кодексу України, ст.20 Закону України «Про охорону земель», п. «ї» ст.15 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища».

Згідно зі ст.30 Лісового кодексу України, обласні, Київська та Севастопольська міські, районні ради у сфері лісових відносин у межах своїх повноважень на відповідній території забезпечують, зокрема, виконання загальнодержавних і державних програм з охорони, захисту, використання та відтворення лісів і затверджують регіональні (місцеві) програми з цих питань. Статтею 33 Лісового кодексу України передбачено, що сільські, селищні, міські ради у сфері лісових відносин на відповідній території беруть участь у здійсненні заходів щодо охорони і захисту лісів, ліквідації наслідків стихійних явищ, лісових пожеж, залучають у встановленому порядку до цих робіт населення, транспортні й інші технічні засоби та обладнання. Оскільки на законодавчому рівні засади здійснення самоврядного контролю визначаються лише в загальному вигляді, існує практика деталізації положень закону у актах самих органів місцевого самоврядування, прийнятих в межах компетенції та відповідності чинним нормативно-правовим актам.

Громадський контроль за охороною, захистом, використанням та відтворенням лісів здійснюється громадськими інспекторами охорони навколишнього природного середовища, які діють на підставі Положення про громадських інспекторів з охорони довкілля, затвердженого Наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 27 лютого 2002 року. З цього випливає, що громадський контроль за використанням та охороною земель лісогосподарського призначення здійснюється в рамках громадського контролю у галузі охорони навколишнього природного середовища, оскільки спеціальне положення на сьогодні не затверджене.

Статтею 96 Лісового кодексу України передбачена можливість участі громадських природоохоронних організацій у сфері охорони та захисту лісів, які мають право, зокрема, брати участь у розробці планів, програм, пов'язаних з охороною, захистом, використанням та відтворенням лісів; брати участь у заходах міжнародних неурядових організацій з питань охорони та відтворення лісів.

На думку Абдраімова Б.Ж. громадський земельний контроль може здійснюватись у різноманітних формах, у тому числі не передбачених законодавством, оскільки створення демократичної соціальної держави передбачає ініціативу, пошук та різноманітність форм участі громадян в управлінні суспільством та державою. Громадяни можуть повідомляти про правопорушення в області охорони земель та навколишнього середовища, брати участь у перевірках, пікетах та інших вуличних заходах, а також у проведенні державного земельного та екологічного контролю. Якщо раніше ідею існування громадського контролю відкидали через неможливість управління громадськими ініціативами, то зараз доцільність такого контролю стає більш очевидною (для покладення обов'язків у цій сфері на публічні органи, встановлення обов'язкових форм здійснення громадському контролю, стимулюванню громадських ініціатив, навчання громадян способам здійснення земельного контролю).

Таким чином, контроль за використанням та охороною земель лісогосподарського призначення здійснюється за допомогою комплексу заходів, націлених на забезпечення раціонального використання такої категорії земель, збереження, відновлення, розведення лісів, як на загальнодержавному рівні, так і на місцях. Плюралізм контрольних державних, самоврядних, громадських органів за використанням та охороною земель лісогосподарського призначення свідчить про направленість законодавця на реальний захист земель від порушення земельного та лісового законодавства у процесі використання земель лісогосподарського призначення.

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Чопко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під функціями права в теорії права прийнято розуміти основні напрями впливу права на суспільні відносини в процесі їх врегулювання. Напрями впливу, які розкривають соціальну цінність і функціональне призначення права як одного з соціальних регуляторів є його загально-правовими функціями. Серед цих функцій виділяють регулятивну та охоронну функції. Напрями впливу, об'єктом яких є нормальні, позитивні, корисні суспільні відносини, які право впорядковує, є регулятивною функцією права. Охоронна функція права проявляється в цілеспрямованому впливі норм права на суспільні відносини з метою їх охорони та витіснення з них шкідливих для суспільства, з точки зору держави, відносин.

Внаслідок зникнення багатьох видів тварин, рослин, виснаження корисних копалин, забруднення навколишнього природного середовища у суспільстві розвіюється споживацька концепція про невичерпність природних ресурсів. Законодавець усвідомлює необхідність існування системи норм, які б встановлювали межі використання природних ресурсів, передбачали заходи щодо їх охорони і тому приймає низку природоохоронних норм.

Історія виникнення природоохоронних норм сягає ще часів Київської Русі. Перші природоохоронні норми містились в «Руській Правді», але правова охорона стосувалася виключно лісів і розглядалась, в основному, у контексті охорони права власності на них. Так, «Руська Правда» передбачала захист прав великокнязівських та общинних володінь від посягань на них з боку третіх осіб у формі накладення на винних штрафів, також встановлювалась відповідальність за навмисну порубку дуба - 12 гривень штрафу в дохід державної казни.

В умовах кризового стану навколишнього природного середовища, передбачена в екологічному законодавстві правова охорона торкається усіх без винятку природних ресурсів. У свою чергу специфіка природних ресурсів зумовлює і різноманіття способів їх правової охорони, а отже і проявів охоронної функції екологічного права. Так, зокрема, у ч. 2 ст. 1 Лісового Кодексу України проголошено, що ліси України є її національним багатством і за своїм призначенням та місцем розташування виконують переважно водоохоронні, захисні, санітарно-гігієнічні, оздоровчі, рекреаційні, естетичні, виховні, інші функції та є джерелом для задоволення потреб суспільства в лісових ресурсах. У преамбулі Закону України «Про охорону атмосферного повітря» атмосферне повітря визнається одним з основних життєво важливих елементів навколишнього природного середовища, який володіє унікальними екологічними властивостями. Тому норми екологічного права не лише регулюють використання природних ресурсів, але й покликані охороняти природні ресурси, в силу їх специфіки, функцій, які вони виконують в життєдіяльності людини.

В процесі здійснення охоронної функції, екологічне право забезпечує і безпосередній захист екологічних правовідносин. Своєрідним способом захисту природних ресурсів є закріплення в екологічному законодавстві поряд з екологічними правами, ще й обов'язки природокористувачів. Так, ст. 107 Лісового кодексу України передбачено, що підприємств, установи, організації і громадяни зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну ними лісу внаслідок порушення лісового законодавства, у розмірах і порядку, визначених законодавством України. Закон України «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру» (ст. 5) передбачає, що кожен має право на відшкодування згідно з законом шкоди, заподіяної їх здоров'ю та майну внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру.

Подібні положення містяться і в Законі України «Про відходи» (п. г, ст. 14), який передбачає право на відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю та майну внаслідок порушення законодавства про відходи. Відповідно до ст. 5 Законі України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» громадяни мають право на відшкодування шкоди, зумовленої негативним впливом іонізуючого випромінювання під час використання ядерної енергії.

© Чопко Х., 2011

Відповідно до ст. 38 Закону України «Про охорону навколишнього середовища» в порядку спеціального природокористування громадянам та юридичним особам надаються у володіння, користування або оренду природні ресурси на підставі спеціальних дозволів, зареєстрованих у встановленому порядку. Дане положення покликане запобігти експлуатації природних ресурсів не спеціалізованими суб'єктами.

Зважаючи на можливі якісні та кількісні, інколи довготривалі та невідворотні, негативні екологічні наслідки антропотехногенної діяльності на стан природних ресурсів, важливо попередити, не допустити їх знищення. Правовою гарантією своєчасного припинення знищення природних ресурсів виступають закріплені в екологічному законодавстві спеціальні вимоги для здійснення окремих видів господарської діяльності. Так, п. 3 ст. 13 - п. 2 ст. 34 Закону України «Про екологічну експертизу» передбачено види діяльності та об'єкти, що становлять підвищену екологічну небезпеку і підлягають обов'язковій державній екологічній експертизі, яка проводиться після оголошення замовником через засоби масової інформації заяви про екологічні наслідки діяльності і подання еколого-експертним органам комплекту документів з обґрунтуванням оцінки впливу на навколишнє природне середовище.

Превентивним змістом характеризується природоохоронні норми, які передбачають екологічні стандарти і нормативи. Це, зокрема, нормативи гранично допустимих концентрацій (ГДК) та рівнів забруднюючих речовин у довкіллі та рівнів шкідливих фізичних і біологічних впливів на нього (встановлюють максимально можливу кількість шкідливих речовин у воді, повітрі, ґрунті й продуктах харчування, за якої елементи довкілля зберігатимуть свої корисні властивості та не шкодитимуть життю і здоров'ю людини; нормативи гранично допустимих викидів та скидів у довкілля забруднюючих хімічних речовин (обмежують шкідливий вплив на довкілля господарюючих суб'єктів); нормативи використання природних ресурсів (лімітування) (встановлюють з метою уникнення виснажливого використання природних ресурсів нормативи, межу їх використання).

При цьому дискусійним залишається питання про ефективність реалізації екологічним правом охоронної функції, оскільки вдосконалення потребує правозастосовча сфера. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 2 Лісового Кодексу України, суб'єктами лісових відносин є органи державної влади, органи місцевого самоврядування, юридичні особи та громадяни, які діють відповідно до Конституції та законів України. Таким чином, не лише фізичні, але й юридичні особи та державні і місцеві органи влади та управління є учасниками лісових відносин. При цьому у диспозиціях статей Лісового Кодексу України, які безпосередньо стосуються суб'єктів юридичної відповідальності за лісові правопорушення, державні органи управління не не зазначені як самостійні суб'єкти правопорушень. Підтвердженням цьому є і ст. ст. 107, 109 Лісового Кодексу України, де закріплено, по-перше, що підприємства, установи, організації і громадяни зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну ними лісу внаслідок порушення лісового законодавства, у розмірах і порядку, визначених законодавством України, а по-друге, органи виконавчої влади з питань лісового господарства, охорони навколишнього природного середовища, місцеві органи виконавчої влади, уповноважені органи державної влади, органи місцевого самоврядування в межах своєї компетенції в порядку, визначеному законодавчими актами, припиняють роботи, що здійснюються підприємствами, установами, організаціями і громадянами, якщо під час їх проведення не виконуються встановлені технологічні, санітарні та інші спеціальні вимоги щодо безпеки природного стану лісів та їх відтворення. На наш погляд, позиція про те, що державні і місцеві органи влади та управління нарівні з фізичними і юридичними особами повинні нести юридичну відповідальність за екологічні правопорушення є надзвичайно правильною та актуальною. Адже у сучасних умовах, нерідко саме державні органи порушують встановлений порядок використання природних ресурсів та не дотримуються норм чинного екологічного законодавства.

Забезпечення природоохоронними нормами процесів, пов'язаних із збереженням природних ресурсів шляхом накладення на природокористувачів певних обов'язків, відшкодування шкоди завданої довкіллю є проявом захисної функції екологічного права.

У екологічному праві передбачено низку запобіжних заходів, серед яких встановлення вимог для окремих видів господарської діяльності, закріплення гранично допустимих концентрацій та рівнів забруднюючих речовин у довкілля тощо. Основні напрями впливу природо-

охоронних норм, що регламентують вищеназвані заходи є проявом превентивної функції екологічного права.

Доповненням змісту охоронної функції екологічного права повинні бути екологічна відповідальність органів державної влади та місцевого самоврядування за шкоду, заподіяну довкіллю. Це особливо актуально з огляду на відсутність такої відповідальності у вітчизняному законодавстві , що ставить у нерівні умови суб'єктів екологічного права, зокрема органів управління в галузі використання природних ресурсів та охорони довкілля та недержавних юридичних осіб та фізичних осіб.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

НЕРУХОМІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

Антонюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження нерухомості як предмету злочинів проти власності традиційно здійснювалися з позиції можливості визнання або не визнання нерухомості предметом всіх форм розкрадань. Однак не менш важливим є питання про кримінально-правову оцінку посягань на нерухомість, які не пов'язані із зверненням останньої у свою власність, тобто полягають у заволодінні нерухомістю без документального оформлення права власності на неї. Факт буквального оформлення права власності на нерухомість безпосередньо впливає на кваліфікацію вчиненого, а тому потребує детального дослідження. Разом з тим, перш ніж звернутися до аналізу цього питання, з метою комплексного дослідження нерухомості як предмета злочинів проти власності, слід згрупувати наукові позиції і навести власні аргументи щодо кримінально-правової оцінки посягань на нерухомість, які полягають у злочинному оформленні права власності на останню.

Наукові позиції з приводу можливості визнання нерухомості предметом злочинів проти власності можна поділити на такі групи:

- ✓ нерухомість може бути предметом більшості злочинів проти власності (в т.ч. викрадень);
- ✓ нерухомість може бути предметом лише тих злочинів, предметом яких названо право на майно.

Перший підхід поставлений під сумнів більшістю вчених, однак для з'ясування правильності того чи іншого твердження слід з'ясувати підстави, що зумовили увагу вчених до нерухомості як предмета злочинів проти власності.

Підставами для окремого виділення нерухомості серед інших предметів злочинів проти власності слугували, по-перше, специфічна правова природа нерухомості, яка не може бути вільно переміщена з місця на місце без зміни цілісності і призначення предмета; по-друге, традиційне розуміння викрадення як переміщення речі в просторі. Як зазначав І.Я.Фойницький, - лише рухоме майно може бути переміщене з місця на місце, тобто викрадене. О.І.Бойцов з цього приводу вказує, що фізичні і юридичні особливості нерухомого майна виключають можливість його викрадення.

Основною характерною властивістю нерухомих речей, порівняно із рухомими є те, що їх переміщення є неможливим без знецінення та зміни їх призначення. Рухомі речі можна вільно переміщувати у просторі. Особливий характер володіння нерухомістю виявляється в тому, що власник не може забрати річ з собою. Фактичне панування над річчю істотно ускладнюється.

До нерухомих речей (відповідно до ст. 181 ЦК України) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Разом з тим у ч. 2 ст. 181 ЦК України зазначено, що режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації.

Проте жодних особливостей щодо кримінально-правової кваліфікації заволодіння повітряними та морськими суднами, суднами внутрішнього плавання, космічними об'єктами немає. Адже, відсутні підстави, через які ми виділили нерухоме майно серед інших предметів злочинів проти власності. Зокрема, повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти можуть бути вільно переміщені в просторі і, як наслідок, викрадені. Цивільно-правові особливості, що полягають у реєстрації цих об'єктів жодним чином не впливають на можливість їх визнання чужим майном як предметом злочинів проти власності.

© Антонюк Н., 2011

Таким чином до нерухомого майна, яке не можна перемістити у зв'язку із його фізичними особливостями слід віднести земельні ділянки, споруди, будинки, що розташовані на земельній ділянці.

Цивільне законодавство передбачає особливості виникнення і переходу права власності на нерухоме майно, що обумовлене юридичною природою такого майна. Відповідно до ст. 182 ЦК України, право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Звідси слідує, що неправомірне набуття нерухомості можливе в результаті звернення чужого майна на користь винного чи іншої особи тільки шляхом оформлення права на нерухому річ. При чому оформлення права власності на нерухомість передбачає обов'язкову письмову форму відповідного договору, реєстрацію у визначених державою органах. Захоплення нерухомості створює перешкоди власнику у здійсненні своїх правомочностей. Адже, майно наявне, власник знає про його місцезнаходження, має документальне підтвердження своїх прав на це нерухоме майно, а тому здатний захистити себе відповідними правовими засобами. О.І.Бойцов так відображає зв'язок між фізичними і юридичними особливостями нерухомого майна: «Знаходження нерухомих речей в одному і тому ж місці, їх унікальність і незамінність, так само як і володіння ними в силу труднощів, пов'язаних із їх оборотоздатністю, означає, що ніяке речове право на нерухоме майно не може припинитися або виникнути без здійснення особливого публічного акту, дозволяє легко встановити власника нерухомості і поновити його порушені права».

Заволодіння нерухомістю здійснюється шляхом юридичного оформлення права власності на неї. Тому нерухомість може виступати предметом лише тих злочинів проти власності, предметом яких є право на майно. Такий предмет вказаний у диспозиціях статей 189 та 190 КК України. Саме шляхом обману, зловживання довірою чи застосуванням погрози певного змісту злочинець примушує потерпілого віддати належне йому право на майно. Має місце так звана «видима добровільність» щодо передачі майна.

Викрадення будівельних матеріалів, з яких складається нерухомість не ставить під сумнів тезу про те, що нерухомість не є предметом викрадень, адже матеріали самі по собі не є нерухомим майном. В результаті розібрання нерухомого майна воно перестає існувати як таке, а компоненти, з яких це майно складалося стають окремими рухомими речами. Як правильно зазначає І.А. Клепицький, в цьому випадку викрадається не нерухомість, а матеріали, що нерухомістю не є.

Слід зауважити, що існують види нерухомого майна, переміщення яких у буквальному розумінні цього слова, можливе без заподіяння нерухомому майну шкоди і без втрати ним свого цільового призначення. Мова йде про так звані «фінські будинки». Такі випадки є виключенням із загального правила, разом з тим вони не змінюють, а лише підтверджують правило, оскільки під час переміщення цих речей цільове призначення нерухомого майна і його вартість зберігаються.

Другим питанням, яке потребує з'ясування, є кримінально-правова оцінка самовільного захоплення нерухомості без подальшого оформлення прав на неї. Якщо винний не бажає юридично переоформити нерухоме майно, однак захопив його і перешкоджає власнику користуватися таким майном, - мову про заволодіння правом на майно вести безпідставно. Якщо йдеться про самовільне захоплення земельної ділянки, очевидно, дії винного підпадають під ознаки складу злочину, передбаченого ст. 197-1 КК України. Проблема виникає щодо кримінально-правової оцінки захоплень інших нерухомих об'єктів, окрім земельних ділянок.

Так, якщо винний захопив квартиру, застосувавши насильство, вигнав звідти власника і незаконно користується таким приміщенням, кваліфікацію вчиненого як «Порушення недоторканості житла» (ст. 162 КК України) очевидно не можна вважати достатньою. Адже, порушено не лише особисте право громадянина, а, в першу чергу, його правомочності як власника. Законодавець усунув прогалину у КК України, яка мала місце щодо оцінки самовільного захоплення земельних ділянок. Однак, мабуть, через порівняно невелику кількість таких злочинних посягань, не зауважив прогалини щодо кримінально-правової охорони інших об'єктів нерухомості.

У КК більшості радянських республік існувала окрема кримінально-правова норма, яка передбачала відповідальність за заволодіння чужим нерухомим майном, що порушувало лише

фактичний зв'язок власника з даним майном, але не порушувало юридичного зв'язку. Видається, що об'єктивно існує доцільність «повернення» такої норми.

Так, С.М.Кочої пропонує доповнити КК нормою, відповідно до якої кримінально-караним виступатиме незаконне проникнення на чужі нерухомі об'єкти, що спричинило майнову шкоду. Проте ця пропозиція має недоліки:

- ✓ прогалина у КК має місце щодо діянь по незаконному захопленню (заволодінню) об'єктами нерухомості без оформлення права власності на таке майно, а не щодо діянь по проникненню на чужі нерухомі об'єкти;
- ✓ навряд чи вдалим є передбачення у диспозиції пропонованої норми настання суспільно-небезпечних наслідків як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу злочину.

О.І.Бойцов пропонує спеціальну норму, предметом якої буде нерухоме майно, сформулювати так: «спричинення суттєвої майнової шкоди шляхом неправомірного захоплення або використання нерухомого майна з корисливою ціллю за відсутності ознак розкрадання». Однак і ця пропозиція, на нашу думку, не підходить для використання у вітчизняному КК. По-перше, на відміну від КК РФ, КК України не оперує терміном «розкрадання». По-друге, не вважаємо за доцільне безпосередньо у диспозиції статті вказувати на мету вчинення злочину, оскільки незаконне захоплення об'єктів нерухомості можливе і з іншою ціллю (наприклад, з ціллю помсти). По-третє, вважаємо за доцільне сформулювати основний склад злочину таким чином, щоб були всі підстави для притягнення до кримінальної відповідальності винних за захоплення нерухомості шляхом насильства без прив'язки до розміру заподіяної шкоди.

Враховуючи вищезазначені міркування, прогалина у КК могла б бути усунена шляхом доповнення КК новою нормою такого змісту: «Незаконне заволодіння чужим нерухомим майном, що спричинило шкоду у значному розмірі або незаконне захоплення чужого нерухомого майна, поєднане із насильством чи погрозою застосування насильства, що не є небезпечним для життя або здоров'я, - карається…». Кваліфікуючими ознаками доцільно передбачити заподіяння шкоди у більшому розмірі; незаконне захоплення, поєднане із насильством чи погрозою застосування насильства, що є небезпечним для життя або здоров'я; вчинення злочину у співучасті; вчинення злочину повторно.

Ця норма усувала б прогалину у КК щодо кримінально-правової оцінки незаконного заволодіння нерухомістю без оформлення права власності на неї і забезпечувала б належну кримінально-правову охорону власності на нерухомість загалом.

ДОСВІД ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД У БОРОТЬБІ ЗІ ЗНИЩЕННЯМ АБО ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА

Боднарчук Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Дослідження іноземного досвіду боротьби зі знищенням чи пошкодженням майна носить не лише пізнавальний характер, а й сприяє гармонізації й удосконаленню національного кримінального законодавства.

Слід констатувати, що в період значного збільшення кількості порівняльних досліджень у сфері кримінального права, в сучасній українській науці відсутнє дослідження, яке б носило узагальнюючий глобальний характер й комплексно розкривало у порівняльному плані питання кримінальної відповідальності за знищення чи пошкодження майна у кримінальних кодексах держав-учасниць СНД на етапі становлення нових кримінальних законодавств у пострадянському просторі за сучасних умов.

Кримінальні кодекси всіх держав-учасниць СНД подібним чином встановлюють кримінальну відповідальність за умисне чи необережне знищення чи пошкодження чужого майна, однак кожній із держав властиві свої особливості у вирішенні цих питань, як щодо ознак основних, кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів цих злочинів, термінів, якими позначається, розміру та одиниць вимірювання заподіяної шкоди, так і інших особливостей.

Зокрема, що стосується умисного знищення чи пошкодження чужого майна, то, зважаючи на заподіяну шкоду, як ознаку основного складу цього злочину, можна виділити такі їх види:

1) основний склад умисного знищення чи пошкодження чужого майна, який вимагає наявності *значної шкоди* (ч. 1 ст. 255 КК Республіки Таджикистан, ч. 1 ст. 174 КК Республіки Киргизія, ч. 1 ст. 173 КК Республіки Узбекистан, ч. 1 ст. 235 КК Туркменістану, ч. 1 ст. 167 КК Російської Федерації, ч. 1 ст. 187 КК Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 187 КК Грузії, ч. 1 ст. 218 КК Республіки Білорусія, ч. 1 ст. 185 КК Вірменії, ч. 1 ст. 186 КК Азербайджану);

2) основний склад умисного знищення чи пошкодження чужого майна, який вимагає наявності заподіяної *шкоди у великому розмірі* (ч. 1 ст. 197 КК Республіки Молдова, ч. 1 ст. 194 КК України).

Наголосимо на тому, що КК України зайняв не найбільш поширену у СНД позицію, встановивши кримінальну відповідальність за умисне знищення чи пошкодження майна при заподіянні такими діяннями *шкоди у великих розмірах* (ч. 1 ст. 194 КК України). Згідно КК України *великий розмір* заподіяної шкоди (сума, яка в двісті п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян) є ознакою не кваліфікованого, так як, наприклад, у КК Азербайджану, а основного складу злочину «Умисне знищення чи пошкодження майна».

Для зручності здійснення порівняння спробуймо вирахувати мінімальну суму умисно заподіяної знищенням чи пошкодженням шкоди (у мінімальній заробітній платі, яка виступає показником грошового забезпечення мінімально необхідного рівня у кожній із держав) для кримінально караного діяння в Україні. Зважаючи на положення пункту 22.5 ст. 22 Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22 травня 2003 року, для кримінального законодавства у частині кваліфікації злочинів, сума неоподатковуваного мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, яка згідно підпункту 6.1.1 пункту 6.1 статті 6 цього Закону, дорівнює 50 відсоткам однієї мінімальної заробітної плати (у розрахунку на місяць), встановленої законом на 1 січня звітного податкового року, - для будь-якого платника податку. Тому, дійсно можна назвати «*великим*», зважаючи на мінімальну межу, розмір заподіяної шкоди умисним знищенням чи пошкодженням майна згідно КК України, який дорівнює щонайменше 125 мінімальним заробітним платам, у порівнянні зі *значною шкодою*, передбаченою кримінальними кодексами більшості держав-учасниць СНД.

© Боднарчук Р., 2011

Значна шкода у більшості країн СНД виступає ознакою основного складу умисного знищення чи пошкодження майна та, водночас, ознакою кваліфікованого складу ряду злочинів проти власності (наприклад, крадіжки), шкода ж *у великому розмірі* часто виступає ознакою особливо кваліфікованого складу цих злочинів. Тому, навряд чи оправданим можна назвати криміналізацію діянь щодо умисного знищення чи пошкодження майна, починаючи від 125 мінімальних заробітних плат (*шкода у великому розмірі* згідно КК України) у той час, коли у СНД середній розмір мінімальної шкодою в основному складі умисного знищення чи пошкодження майна дорівнює 11,5 мінімальних заробітних плат. Така ситуація призводить до того, що стаття про умисне знищення чи пошкодження майна залишатиметься «мертвою» на практиці в Україні. Тому видається доцільним перейняти досвід держав-учасниць СНД із криміналізації умисного знищення чи пошкодження майна починаючи зі *значної шкоди*.

Окрім того, «значна шкода» не завжди визначається у розмірах, кратних мінімальній заробітній платі, хоча й у більшості держав-учасниць СНД. Так у Республіці Казахстан значна шкода визначається з врахуванням місячного розрахункового показника, у Республіці Білорусія - базової величини. Російська Федерація та Грузія розмір шкоди у кримінальних кодексах визначають у грошових одиницях – рублях та ларі (відповідно). Дещо іншим є підхід у Республіці Молдова при визначенні розмірів заподіяної шкоди, бо законодавець встановлює їх в умовних одиницях (курс умовної одиниці визначений в окремій статті Загальної частини й дорівнює 20 леям згідно ч. 2 ст. 64 КК Республіки Молдова), а самі ж розміри заподіяної шкоди визначені в окремій статті Особливої частини КК Республіки Молдова (ч. 1 ст. 126) та є однаковими для всіх злочинів, у яких є така шкода. Наприклад, *шкода у великих розмірах* - виражена у грошах вартість знищених матеріальних цінностей чи вартість шкоди, заподіяної особою чи групою осіб, яка перевищує 500 умовних одиниць. Потрібно сказати, що такий підхід, згідно якого законодавець визначив у окремій статті всі розміри шкоди, які згадуються у КК, заслуговує на увагу, так як спрощує роботу з кримінальним кодексом на практиці та й виключає необхідність використання оціночних понять, а це у свою чергу сприяє попередженню неправильного застосування законодавства та неоднакового його тлумачення різними суб'єктами правозастосування. Однак, слід враховувати й те, що будь-які гроші з часом знецінюються. Якщо у кримінальних кодексах прописувати фіксовані суми заподіяної шкоди (як Російська Федерація, Грузія чи Республіка Молдова), вираженої у грошовій одиниці, то через деякий час в результаті інфляції у ці кодекси прийдеться вносити зміни. Тому замість вказівки конкретних сум у кримінальних кодексах вважаємо за доцільне використовувати коефіцієнт (наприклад, мінімальну заробітну плату).

Що ж стосується ознак кваліфікованих чи особливо кваліфікованих складів умисного знищення чи пошкодження майна, то ними у СНД виступають: хуліганські мотиви (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації); мотиви соціальної, національної, расової чи релігійної ворожнечі (ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан, ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан, ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія); у зв'язку з виконанням особою чи її близьким родичем свого службового чи громадського обов'язку (ч. 3 ст. 173 КК Республіки Узбекистан, ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан, ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія); організованою групою чи в її інтересах (ч. 3 ст. 173 КК Республіки Узбекистан, ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія); пам'ятники історії, культури, природні комплекси чи об'єкти взяті під охорону держави (ч. 3 ст. 187 КК Республіки Казахстан); предмети та документи, які мають особливу історичну, наукову, художню чи культурну цінність (ч. 3 ст. 187 КК Республіки Казахстан, ч. 3 ст. 185 КК Республіки Вірменія); вчинення цих діянь шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації, ч. 2 ст. 174 КК Республіки Киргизія, ч. 2 ст. 194 КК *України*, ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан, ч. 2 ст. 235 КК Туркменістану, ч. 2 ст. 187 КК Грузії, ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан, ч. 2 ст. 218 КК Республіки Білорусія, ч. 2 ст. 187 КК Республіки Казахстан, ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан, ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія); шкода у великому розмірі (ч. 2 ст. 173 КК Республіки Узбекистан, ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан, ч. 2 ст. 218 КК Республіки Білорусія, ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан, ч. 2 ст. 185 КК Республіки Вірменія); шкода в особливо великому розмірі (ч. 2 ст. 194 КК *України*, ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія, ч. 3 ст. 185 КК Республіки Вірменія); необережне спричинення тяжкої чи середньої тяжкості шкоди здоров'ю (ч. 2 ст. 187

КК Республіки Казахстан); необережне заподіяння смерті людині (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації; ч. 2 ст. 235 КК Туркменістану, ч. 3 ст. 187 КК Грузії, ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан, ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія, ч. 2 ст. 197 КК Республіки Молдова, ч. 3 ст. 187 КК Республіки Казахстан, ч. 3 ст. 185 КК Республіки Вірменія); загибель людей (ч. 2 ст. 194 КК *України*); інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 167 КК Російської Федерації, ч. 2 ст. 174 КК Республіки Киргизія, ч. 2 ст. 194 КК *України*, ч. 2 ст. 235 КК Туркменістану, ч. 3 ст. 187 КК Грузії, ч. 2 ст. 255 КК Республіки Таджикистан, ч. 3 ст. 218 КК Республіки Білорусія, ч. 2 ст. 197 КК Республіки Молдова, ч. 2 ст. 186 КК Республіки Азербайджан).

Як бачимо, при диференціації кримінальної відповідальності Україна зайняла найбільш поширену у СНД практику й встановила кримінальну відповідальність за умисне знищення чи пошкодження чужого майна у різних частинах ст. 194 КК України, враховуючи спосіб (*шляхом підпалу, вибуху чи іншим загальнонебезпечним способом*), суму майнової шкоди (*шкода в особливо великому розмірі*) та шкоду здоров'ю та життю (*загибель людей* чи *інші тяжкі наслідки)*. При переліченні ознак кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів умисного знищення чи пошкодження майна, така ознака, як «*загибель людей»* (ч. 2 ст. 194 КК України) свідомо не ототожнена такій ознаці, як «необережне заподіяння смерті людині», ознаці, що використовується у більшості КК країн-учасниць СНД, і використання якої у КК України, на нашу думку, поклало б кінець дискусії про те, чи охоплюється поняттям «загибель людей» смерть принаймні однієї людини.

Що стосується заподіяної шкоди, як ознаки основного складу необережного знищення чи пошкодження майна, то у кримінальних кодексах держав-учасниць СНД думки з цього приводу розходяться у значній мірі. Можна виділити такі види основних складів необережного знищення чи пошкодження майна в залежності від заподіяної шкоди: 1) основний склад, ознакою якого є шкода у *значному розмірі* (ч. 1 ст. 188 КК Грузії, ч. 1 ст. 187 КК Республіки Азербайджан); 2) основний склад, ознакою якого є шкода у *великому розмірі* (ч. 1 ст. 236 КК Туркменістану, ч. 1 ст. 198 КК Республіки Молдова, ч. 1 ст. 188 КК Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 186 КК Республіки Вірменія, ст. 168 КК Російської Федерації, ст. 176 КК Республіки Киргизія); 3) основний склад, ознакою якого є шкода в *особливо великому розмірі* (ст. 219 КК Республіки Білорусія); 4) основний склад, ознакою якого є шкода у *великому розмірі або тяжкі наслідки* (256 КК Республіки Таджикистан); 5) основний склад, ознакою якого є шкода у вигляді *тяжкого тілесного ушкодження чи загибелі людей* (ст. 196 КК України).

Таким чином можна констатувати те, що, по-перше, у переважній більшості кодексів держав-учасниць СНД (7 держав) в основному складі необережного знищення чи пошкодження майна робиться вказівка *на великий розмір заподіяної шкоди*, а по-друге, лише Кримінальний кодекс України з поміж усіх кримінальних кодексів держав-учасниць СНД не містить вказівки в основному складі необережного знищення чи пошкодження майна на мінімальний розмір заподіяної майнової шкоди, що видається дивним, враховуючи, що даним складом перш за все охороняється власність, мінімальний розмір шкоди заподіяної якій, на нашу думку, повинен визначатися у диспозиції статті (наприклад, як це зроблено у ст. 270 «Порушення встановлених законодавством вимог пожежної безпеки»).

Якщо вивести середній мінімальний розмір «*шкоди у великому розмірі*» у СНД, то вийде приблизно 300 мінімальних заробітних плат, що еквівалентне «шкоді в особливо великому розмірі» для злочинів проти власності в Україні. Тому постає питання доцільності криміналізації у КК України необережного знищення чи пошкодження майна при заподіянні *шкоди в особливо великому розмірі*.

Кримінальна відповідальність за необережне знищення чи пошкодження чужого майна у ст. 196 КК України не диференційована ані кваліфікованими, ані особливо кваліфікованими ознаками, й містить лише основний склад злочину, що передбачає відповідальність за дане діяння лише в тому разі, коли заподіяні *тяжкі тілесні ушкодження* або *загибель людей*. Тому можна зробити висновок про те, що, по-перше, кримінальна відповідальність за необережне знищення або пошкодження чужого майна у ст. 196 КК України не диференційована в залежності від розміру заподіяної шкоди (ані у значному, ані у великому чи особливо великому розмірі), а по-друге, даним складом злочину не охоплюються ті діяння, якими було необережно заподіяно шкоду у великому чи особливо великому розмірі, коли тяжкі тілесні ушкодження

чи загибель людей відсутні, тому простежується певна непослідовність у формулюванні диспозиції ст. 196 КК України.

Привертає увагу положення примітки до ст.187 КК Азербайджану, яка містить спеціальні підстави звільнення від кримінальної відповідальності за необережне знищення чи пошкодження майна у тих випадках, коли ці діяння вчинені вперше а заподіяна значна або велика шкода потерпілому (у тому числі, заподіяна внаслідок необережного поводження з вогнем чи іншими джерелами підвищеної небезпеки) є повністю відшкодована. Таким чином, КК Азербайджану не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності, коли необережним знищенням чи пошкодженням чужого майна заподіяні *тяжкі наслідки*. Згідно ж українського законодавства необережне знищення чи пошкодження чужого майна, що спричинило *тяжкі тілесні ушкодження* або *загибель людей*, відноситься до необережних злочинів середньої тяжкості, а тому таку особу можливо звільнити від кримінальної відповідальності за підставами, передбаченими у Загальній частині КК України.

Дослідження досвіду боротьби зі знищенням чи пошкодженням чужого майна у державах-учасницях СНД дає підстави вважати, що: по-перше, кримінально-правові норми зі знищення чи пошкодження чужого майна є невід'ємною частиною їх кримінального законодавства, а існування кримінальної відповідальності за умисне чи необережне знищення чужого майна у КК України є необхідним та актуальним на сьогоднішній день; по-друге, навряд чи оправданим можна назвати криміналізацію діянь щодо умисного знищення чи пошкодження майна згідно КК України, починаючи від *шкоди у великому розмірі*, видається доцільним перейняти досвід держав-учасниць СНД із криміналізації умисного знищення чи пошкодження майна починаючи зі *значної шкоди*; по-третє, заміна ознаки «*загибель людей»,* що використовується у КК України на *«необережне заподіяння смерті людині»,* ознаці, що використовується у більшості КК країн-учасниць СНД, поклало б кінець дискусії про те, чи охоплюється поняттям «загибель людей» смерть принаймні однієї людини; по-четверте, в основному складі необережного знищення чи пошкодження майна доцільно зробити вказівку *на особливо великий розмір заподіяної шкоди***.**

КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ ТА КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

Бойко А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У структурі детермінації економічної злочинності в Україні важливий детермінуючий вплив має корупція.

У кримінологічній літературі подано найрізноманітніші визначення корупції. Так, з-поміж вітчизняних науковців найповніше відображено соціально-правову природу цього явища у визначенні А. Закалюка. Зокрема, А. Закалюк акцентує на кримінологічних ознаках цього поняття, визначаючи корупцію як "суспільний феномен деформації публічної влади через її підкорення приватним, здебільшого корисливим інтересам; він виконує загальносоціальну визначальну роль стосовно відтворення корупційних зв'язків та відносин, їх прояву у корупційних вчинках і діяльності, зокрема передкримінального та кримінального характеру, їх корупційної мотивації, що зумовлює суспільну потребу системної антикорупційної запобіжної діяльності як щодо феномену корупції, так і її проявів, передусім злочинних".

Корупція має найрізноманітніші форми свого прояву: хабарництво, протекціонізм, лобізм, незаконний розподіл і перерозподіл суспільних ресурсів та фондів, привласнення суспільних ресурсів у особистих цілях тощо.

Загалом корупція як негативне соціальне явище руйнує суспільство, його базові системи функціонування, особливо економічну, політичну, соціально-психологічну, соціального контролю, вражаючи насамперед ті складові суспільства, що за природою становлять основу його нормального існування. Хворе на корупцію суспільство перестає розвиватись, а його соціальні системи деформуються, підтримуючи збереження корумпованих структур, які швидко розвиваються в умовах корумпованої держави.

Високий рівень корупції в Україні сприяє поширенню тіньової економіки та зростанню економічної злочинності, адже саме вони становлять фінансово-економічну основу корупції.

Соціальна практика підтверджує, що є певні передумови для існування різного ступеня корупції в економіках ринкового типу. Скажімо, певний "природний" рівень корупції, що має місце навіть в економічно розвинутих країнах, пояснюється об'єктивними передумовами, виходячи з природи цього явища. Це, передусім, невідповідність між завданнями і методами державного втручання в економіку та мотивами, які визначені ринковими механізмами для ефективного функціонування приватної власності у коротко- та середньостроковому періоді. Це і невикорінне бажання людини до примноження своїх матеріальних можливостей унаслідок зростання потреб, а також нездатність суспільства повністю забезпечити можливості для задоволення зростаючих раціональних потреб і обмеження у задоволенні ірраціональних потреб.

Ці чинники об'єктивно зумовлюють порівняно невисокий рівень корупції, тобто такий, що не перевищує рівень, який у літературі називають першим граничним значенням (Мейтус В.Ю.). За такого рівня корупції суспільство розвивається достатньо гармонійно, а економічні коливання стримуються з допомогою економічних важелів управління. Через корупційні механізми розподіляється відносно незначна частка суспільного продукту. Розмір першого граничного значення залежить від стабільності макроекономічного стану, традицій державності, розвитку науки, культури, освіти, він є певним універсальним показником, який характеризує загальне внутрішнє і зовнішнє становище країни.

Якщо ж рівень корупції більший від другого граничного значення, то докорінно змінюються основні економічні інститути. Вони починають обслуговувати корупцію. До того ж відсутність прозорості у діяльності органів державної влади і відсутність конкурентного середовища у сфері господарської діяльності значно збільшують число господарюючих суб'єктів, котрі прагнуть мінімізувати свої трансакційні (додаткові) витрати через підкуп державних чиновників (Проява С.М.).

© Бойко А., 2011

За таких умов економічні процеси відбуваються відповідно до існуючих у країні корупційних відносин. Виникає новий вид економіки – корумпована економіка, яка максимально сприяє поширенню тіньової економіки та економічної злочинності. Корупція нівелює ефективність економічної політики і спонукає приватний бізнес функціонувати у тіньовому секторі, порушуючи законодавство. Корупція також призводить до зростання непродуктивних державних інвестицій, стимулює додаткові витрати на утримання державних органів, обслуговування державної власності та викривлення економічних цілей, що неодмінно зумовлює економічний занепад і соціальну деградацію.

Корумпована система, яка дає змогу ухилятись від сплати податків, митних платежів, учиняти інші злочини в сфері господарської діяльності й у такий спосіб забезпечує привілеї певним суб'єктам господарської діяльності, може звести нанівець усі зусилля щодо запровадження в країні прозорої та ефективної фіскальної системи і дискредитувати будь-які реформи. Суб'єкти злочинної господарської діяльності прагнуть створити для себе безпечне бізнесове середовище через підкуп державних чиновників, працівників правоохоронних органів або втягують їх у систему розподілу доходів від протиправної господарської діяльності. За таких умов надходження від податкових і митних платежів стають неадекватними й не відображають реальної структури економіки (Роуз-Аккерман С.).

За корупційної економіки значущість конкуренції для розвитку ринкових відносин суттєво змінюється. Корупція лімітує доступ до ринку тих, хто не задіяний у систему корупційних зв'язків. Це обмежує свободу підприємницької діяльності, зменшує обсяги іноземних інвестицій, ускладнює впровадження нових технологій і сучасних стандартів організації виробничого процесу. Більше того, входження у сферу високоліквідної підприємницької діяльності контролюють відповідні монопольні суб'єкти господарювання, які функціонують у цих галузях діяльності, маючи підтримку державних органів.

Отже, корупція порушує умови конкуренції і не дає можливості задіяти механізми для заповнення ринку продукцією та послугами кращої якості й за конкурентними цінами.

Корупція також унеможливлює ефективне використання інвестиційних ресурсів, які розподіляє уряд. Зазвичай інвестиційні ресурси в цьому випадку часто скеровуються або політичним партнерам, або в проекти, вигідні окремим людям і їхнім політичним об'єднанням. Політична підтримка неприхованої рентоорієнтованої поведінки знижує ефективність використання бюджетних коштів і формує додаткові витрати на одиницю виробленої продукції чи наданих послуг, оскільки все, що оплачено як хабар, стягується пізніше зі споживача.

У свою чергу це сприяє інфляційним процесам, насамперед тому, що гроші, витрачені на підкуп чиновників, у кінцевому підсумку підвищують собівартість продукції чи послуг, сприяючи збільшенню їх ціни. Крім того, з господарського обороту виводяться значні кошти, виплачені як хабарі. У процесі переходу ресурсів із виробничих сфер діяльності в невиробничі зменшується потенціал економіки країни, серйозно ускладнюється фінансування окремих статей державного бюджету (Мейтус В.Ю.).

Як підтверджують факти, корупція в умовах несформованих інститутів ринкової економіки сприяє виникненню неформального порядку здійснення господарської діяльності для отримання неекономічних переваг у конкурентній боротьбі. Змінюючи правила економічної поведінки, корупція створює ґрунт для формування цілком іншого економічного простору, в якому діють свої економічні закони, відмінні від ринкових.

Зокрема, корупція відіграє функцію узгодження ділової активності між офіційною та тіньовою економікою. Відбувається також активна концентрація капіталу та його організаційно-правове оформлення корпоративно-бюрократичними групами.

В умовах корупції ускладнюється можливість здійснювати підприємницьку діяльність, оскільки успішний бізнес – подразнювальний стимул для численних контролюючих органів, кожен з яких просить "поділитися".

Отже, ми можемо констатувати, що існує тісний взаємозв'язок між корупцією й економічною злочинністю: корупція визначає і підтримує зростання тіньової економіки та економічної злочинності, а тіньова економіка й економічна злочинність живлять корупцію. Чим вищий рівень корупції, тим вищий рівень тіньової економіки та економічної злочинності. Але чим більше економіки "пішло в тінь", тим з більшим апетитом владні структури використо-

вують її результати. Цей процес розвивається самостійно, мов ланцюгова реакція, до тих пір, поки корупція не трансформується у системне явище.

Системна корупція небезпечна ще й тим, що корумпованими стають і суди, в яких можна за хабар отримати бажане рішення чи не допустити небажаного рішення. У судах усіх рівнів функціонують стандартні й усім відомі розцінки на виконання тих чи інших дій. Існують навіть адвокатські компанії, котрі мають "своїх" суддів або вплив на окремі суди.

Якщо суб'єкт господарської діяльності може впливати на судові рішення, то він стає поза конкурентним середовищем і поза системою соціального контролю, що ускладнює і обмеження, і контроль за його діяльністю.

Зростанню економічної злочинності сприяє також корумпованість системи державного контролю, незважаючи на велику кількість і постійне розширення різноманітних контролюючих інстанцій.

Все ці чинники у сукупності створює сприятливе середовище до зростання економічної злочинності. У таких соціальних умовах взаємообумовленість корупції і економічної злочинності тільки інтенсифікується. Нейтралізація, за допомогою корупції, державної контрольної функції за економічною злочинністю, дає можливість останній швидко видозмінюватись, залучати нові ресурси та розширювати форми протиправної діяльності.

ОБМЕЖЕНА ОСУДНІСТЬ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В ч. 2 ст. 20 КК України вказується, що визнання особи обмежено осудною враховується судом при призначенні покарання і може бути підставою для застосування примусових заходів медичного характеру. Проте як саме суд повинен враховувати цю обставину при призначенні покарання законодавець не конкретизує. Більшість науковців, які досліджували розглядувану проблему, вважають, що ця обставина повинна розглядатися судом як обставина, що пом'якшує кримінальну відповідальність. Такої ж позиції дотримується і Пленум Верховного Суду України, який в п. 6 постанови від 3 червня 2005 р. № 7 "Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування" підтримав практику тих судів, які враховували стан обмеженої осудності як обставину, що пом'якшує покарання.

Разом з тим, окремі науковці більш обережно підходять до вирішення питання про те, чи повинна дана обставина враховуватися як така, що пом'якшує кримінальну відповідальність. Так, наприклад, Д.Р. Лунц застерігає від вузько біологічного підходу до оцінки поведінки вказаних осіб і вважає, що її необхідно оцінювати не тільки з точки зору наявних у таких осіб психічних аномалій, але з урахуванням інших соціально-психологічних факторів. На думку П.С. Дагеля, психічні аномалії не тільки не повинні враховуватися як обставина, що пом'якшує кримінальну відповідальність, у всіх випадках вчинення злочину, але й в окремих випадках можуть свідчити навіть про більший ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину. Так, наприклад, наявність психічних аномалій у сексуального маніяка, на його думку, не тільки не повинно пом'якшувати його кримінальну відповідальність, але й свідчить про підвищену суспільну небезпеку такої особи. Наявність у злочинця психічного розладу, як вважає О.В. Зайцев, не може однозначно ні пом'якшувати, ні обтяжувати покарання за вчинений ним злочин. Він хоч і пропонує доповнити перелік обставин, що пом'якшують покарання, вказівкою на стан обмеженої осудності, проте вважає, що такий стан не дає можливості однозначно у всіх випадках говорити про пом'якшення покарання особі. Пов'язано, на його думку, це, насамперед з тим, що суб'єкт злочину, визнаний обмежено осудним, може вчинити будь-який злочин, передбачений Особливою частиною КК України, і залежно від обставин справи особа і вчинене нею діяння може характеризуватися різним ступенем суспільної небезпеки. Тому він пропонує передбачити право суду, а не обов'язок пом'якшити покарання такій особі залежно від характеру вчиненого особою злочину.

О.Д. Сітковська також вважає, що, за загальним правилом, зниження можливості до свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою у особи під час вчинення нею злочину повинно враховуватися судом як пом'якшуюча обставина. Разом з тим, на її думку, у випадку вчинення злочину суб'єктом з психічною аномалією в предмет доказування обов'язково повинно включатися з'ясування того, наскільки вплинув психічний розлад на прийняття та реалізацію рішення про вчинення злочину. Коректним, на її думку, буде також питання експертам про те, чи усвідомлювала (чи повинна була усвідомлювати) особа наявність, характер та можливий вплив на поведінку в конкретному випадку психічної аномалії. З урахуванням цього, вважає вона, і буде вирішуватися питання про те, чи будуть вказані аномалії враховані як обставина, що пом'якшує покарання. Особливого значення це стосується тих випадків проявів психічних аномалій, які були спровоковані вживанням різного роду психоактивних речовин, зокрема, алкоголю.

Нашу думку, аргументи тих науковців, які намагаються заперечити самостійне кримінально-правове значення як обставини, що пом'якшує кримінальну відповідальність, того факту, що особа під час вчинення злочину не могла в повній мірі зберігати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, не є переконливими з таких причин:

© Бурдін В., 2011

- ✓ По-перше, на наш погляд, той факт, що особа під час вчинення злочину не могла в повній мірі зберігати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, не втрачає самостійного значення як обставини, що пом'якшує кримінальну відповідальність, залежно від інших обставин, які можуть негативно характеризувати особу винного або обумовили виникнення такого її стану. Так само як, наприклад, факт вчинення злочину вагітною жінкою не може втратити значення самостійної обставини, що пом'якшує кримінальну відповідальність, залежно від того, що така жінка вчинила злочин у стані сп'яніння або мала непогашену та незняту судимість на момент вчинення нового злочину, або ж завагітніла, маючи на меті використати такий свій стан на випадок її викриття, як обставину, що буде пом'якшувати кримінальну відповідальність;
- ✓ По-друге, деякі з названих вчених, як нам видається, не враховують того, що психічна діяльність людини, на жаль, не настільки прогнозована і підконтрольна людині, щоб можна було стверджувати про те, що особа знала чи повинна була знати про те, що в певній ситуації вона втратить можливість в повній мірі забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, а тим більше могла сама викликати у себе певний стан. Що ж стосується тих аргументів, що особа, яка має певні психічні відхилення, повинна уникати конфліктних ситуацій, в яких ці відхилення можуть проявитися, то, мабуть, не буде помилкою, якщо сказати, що уникати конфліктних ситуацій повинна будь-яка особа, а не тільки та, яка має психічні відхилення. І знову ж таки навіть в тих випадках, коли особа мала можливість уникнути конфліктної ситуації, але не зробила цього, внаслідок чого нею був вчинений злочин, коли вона не могла повною мірою забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, це не може нівелювати значення цього факту зменшення контролю, як обставини, що пом'якшує кримінальну відповідальність. В іншому випадку це було би рівнозначним забороні видавати лікарняний лист особі, яка знаючи про свою схильність до респіраторних захворювань, носить одяг не за сезоном внаслідок чого систематично хворіє;
- ✓ По-третє, не зовсім правильно так вже категорично розглядати вплив стану сп'яніння на можливість особи усвідомлювати свої діяння та керувати ними. Зауважимо лише те, що особа, яка має певні психічні відхилення, може опинитися в стані сп'яніння і не з власної волі, коли мова йде про так зване недобровільне сп'яніння. Думається, що в таких випадках ніхто не буде заперечувати значення такого стану сп'яніння як обставини, що не тільки не обтяжує, а часом і пом'якшує кримінальну відповідальність. Крім того, окремі психічні розлади, що спричиняються систематичним вживанням різного роду психоактивних речовин, безспірно відносять до так званого медичного критерію неосудності. Незрозуміло, чому тоді робити винятки щодо врахування таких станів при індивідуалізації кримінальної відповідальності в тих випадках, коли особа є осудною і буде підлягати кримінальній відповідальності.

На нашу думку, встановлення того факту, що особа під час вчинення злочину не могла в повній мірі забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, повинно враховуватися як обставина, що пом'якшує кримінальну відповідальність особи. Адже загальновизнаним є те, що на суспільну небезпеку складу злочину впливають всі його елементи. Якщо ж говорити про існування так званої "стандартної" суспільної небезпеки певного складу, то всі відхилення від цього "стандарту" повинні враховуватися або як такі, що підвищують суспільну небезпеку, або ж як такі, що її понижують. В нашому випадку внаслідок того, що особа під час вчинення злочину не могла в повній мірі забезпечувати свідомо-вольовий контроль за своєю поведінкою, можна говорити про відхилення від норми в бік зменшення "стандартної" суспільної небезпеки такого елементу складу злочину як суб'єкт, що само собою зрозуміло повинно враховуватися як обставина, що пом'якшує кримінальну відповідальність. Всі інші обставини, якщо вони мають самостійне кримінально-правове значення, також повинні враховуватися судом в сукупності при індивідуалізації кримінальної відповідальності.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НАЯВНОСТІ ОБСТАВИН, ЩО ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ.

Василаш В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законом України від 15 квітня 2008 р. "Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності **"** чинний КК України доповнений ст. 69-1, яка регламентує порядок призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання. Відповідно до положень даної статті, за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 КК, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні підсудним своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК. Як бачимо, серед підстав, передбачених ст. 69-1 КК, за наявності яких суд, призначаючи покарання винній особі, не може призначити покарання строк або розмір якого перевищує двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, законодавець назвав: обставини, що пом'якшують покарання, передбачені пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 КК; відсутність обставин, що обтяжують покарання та визнання підсудним своєї вини. Із зазначеного слідує, що тільки за наявності всіх трьох вказаних вище підстав, суд може при призначенні покарання винній особі застосувати правило призначення покарання, передбачене ст. 69-1 КК. Відсутність хоча б однієї із них позбавляє суд такої можливості і, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 65 КК, покарання призначається у межах, встановлених санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини КК, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Однак слід відмітити, що встановлення на практиці вказаних підстав може викликати неабиякі труднощі, адже у законодавчому формулюванню зазначених підстав є суперечності та незрозумілості. Так, у ст. 69-1 КК зазначається, що застосування передбаченого у ній правила призначення покарання, можливе за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 КК. Із зазначеного не можливо однозначно визначити, яка кількість таких обставин, необхідна для застосування даної статті. Адже законодавець, визначаючи дану підставу зазначає "за наявності **обставин,** що пом'якшують покарання, …". Зазначене формулювання можна розуміти і як вказівку на необхідність наявності множини, тобто не менше двох обставин, що пом'якшують покарання, так і однієї такої обставини. Крім цього, законодавець між пунктами 1 і 2 ч.1 ст. 69-1 використовує сполучник "та ", який у контексті змісту вказаної статті може виконувати як єднальну (у значенні "і"), так і протиставну (у значенні "або ") функцію, тобто вказувати або на необхідність одночасної наявності обставин, які пом'якшують покарання, що передбачені у п.1 і у п. 2 ч. 1 ст. 66 КК, або на необхідність наявності таких обставин, що передбачені лише одним із них.

Правда автори Науково-практичного коментаря до Кримінального кодексу України під загальною редакцією М.І. Мельника та М.І. Хавронюка за 2010 р. в коментарі до ст. 69-1 КК однозначно зазначають, що під "наявністю обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 цього Кодексу " слід розуміти наявність обох обставин, передбачених вказаними пунктами частини 1 ст. 66, у будь-якому їх сполученні (наприклад, в одних випадках може мати місце з'явлення із зізнанням, щире каяття і добровільне відшкодування завданого збитку, в інших – активне сприяння розкриттю злочину й усунення заподіяної шкоди, в третіх – щире каяття і усунення заподіяної шкоди). Даний висновок зроблено на підставі буквального тлумачення ст. 69-1 КК, в якій, як зазначають автори вказаного коментаря, законодавцем застосовано єднальний сполучник "та". Як бачимо, автори вказаного коментаря вважають, що законодавець між п.1 і 2 ч. 1 ст. 69-1 КК застосував єднальний спо-

© Василаш В., 2011

лучник "та", а тому для застосування положень ст. 69-1 КК необхідно, щоб у наявності було не менше двох обставин, передбачених як п. 1 ч. 1 ст. 66 КК, так і п. 2 ч. 1 вказаної статті. Однак із зазначеним погодитися важко з таких міркувань.

По-перше, якщо вважати, що законодавець у ст. 69-1 КК застосував єднальний сполучник "та", то у випадку, коли злочином не заподіяні збитки чи шкода, і відшкодовувати практично нічого, то положення даної статті не можуть бути застосовані, оскільки, на думку авторів вказаного коментаря, для застосування положень ст. 69-1 КК необхідно, щоб у наявності було не менше двох обставин, передбачених як п. 1 ч. 1 ст. 66 КК, так і п. 2 ч. 1 вказаної статті. Однак у п. 6-2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 "Про практику призначення судами кримінального покарання " із змінами та доповненнями від 10 грудня 2004 р., від 12 червня 2009 р., від 6 листопада 2009 р. зазначається, що при застосуванні ст. 69-1 КК добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди не враховується тоді, коли такі збитки або шкоду не заподіяно. Крім цього, навряд чи можна знайти переконливі аргументи про неможливість застосування ст. 69-1 КК, якщо у окремих випадках має місце з'явлення із зізнанням, щире каяття, або щире каяття і активне сприяння розкриттю злочину у випадку, коли злочином не було завдано шкоди. Із зазначеного можна зробити висновок, що застосування ст. 69-1 КК можливе і за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених лише одним пунктом, а саме п.1 ч.1 ст. 66 КК.

По-друге, автори вказаного коментаря допускають можливість встановлення даної підстави для застосування ст. 69-1 КК як за наявності однієї, так і декількох обставин, що пом'якшують покарання, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 66 КК, а п. 2 ч.1 ст. 66 КК – тільки за наявності однієї такої обставини, тобто, коли мало місце добровільне відшкодування збитків, або усунення заподіяної шкоди. У зв'язку з цим і виникає необхідність правильного розуміння законодавчого формулювання "за наявності **обставин,** що пом'якшують покарання, …", яке використовується у ст. 69-1 КК, тобто, чи вказане законодавче формулювання вказує на те, що для встановлення першої підстави застосування ст. 69-1 КК необхідна наявність не менше двох таких обставин, передбачених не одним, а обома пунктами, тобто за наявності хоча б однієї обставини, передбаченої п. 1, і хоча б однієї обставина, передбаченої п. 2 ч. 1 ст. 66 КК, чи застосування ст. 69-1 КК можливе лише за наявності не менше двох обставин, що пом'якшують покарання, які зазначені як у п. 1, так і у п. 2 ч.1 ст. 66 КК.

Конкретних пропозицій щодо вирішення поставленого питання не має ні в теорії кримінального права, ні в рекомендаціях Пленуму Верховного Суду України. Так, у п. 6-2, вказаної вище постанови, Пленуму Верховного Суду України зазначається, що визначення покарання з дотриманням правил ст. 69-1 КК можливе лише за наявності обставин, передбачених пунктами 1 та 2 частини 1 статті 66 КК (з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розкриттю злочину; добровільне відшкодування або усунення заподіяної шкоди), а також при визнанні підсудним своєї вини та відсутності обставин, що обтяжують покарання. Із вказаного роз'яснення Пленуму Верховного Суду України можна лише зробити висновок, що застосування положень ст. 69-1 КК можливе тільки за наявності всіх передбачених як у п. 1 так і у п.2 ч.1 ст. 66 КК обставин, що пом'якшують покарання. Таке роз'яснення навряд чи може бути задовільним з огляду на те, що на практиці дуже часто вказані у п.1 ч.1 ст. 66 КК обставини поєднуються, тобто особа, яка з'являється із зізнанням, щиро розкаюється у вчиненому та активно сприяє розкриттю, вчиненого нею злочину. Крім того, ряд вчених-криміналістів вважають, що з'явлення із зізнанням має кримінальне-правове значення як обставина, яка пом'якшує покарання тільки тоді, коли особа, яка з'явилася із зізнанням, щиро розкаялася і засуджує свою поведінку. Що стосується активного розкриття злочину, то деякі науковці вважають, що його як обставину, яка пом'якшує покарання, можна уявити лише теоретично, оскільки на практиці воно завжди пов'язане або із щирим каяттям, або із з'явленням із зізнанням. Однак, як зазначає Л.О. Долиненко, незважаючи на тісний взаємозв'язок цих обставин, вони все ж є різними за своїм змістом та виступають самостійними обставинами, які пом'якшують покарання. Кожна із обставин, що розглядаються, має самостійне кримінально-правове значення. Тому для призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання не має потреби у наявності всіх обставин, перелічених п. 1 ч.1 ст. 66 КК, а достатньо хоча б однієї або декількох із них.

Якщо у п.1 ч.1 ст. 66 КК вказано три самостійні обставини, які пом'якшують покарання, і можуть бути у наявності одночасно всі три, так і дві, чи одна, то у п. 2 ч.1 вказаної статті зазначено тільки дві, які мають єдину правову природу: 1) добровільне відшкодування завданого збитку; 2) усунення заподіяної шкоди. Не важко зауважити, що зазначаючи у п. 2 ч. 1 ст. 66 КК обставини, що пом'якшують покарання, законодавець використовує розділовий сполучник "або", який вказує на роздільне використання вказаних обставин. Тому, якщо законодавче формулювання "за наявності **обставин,** що пом'якшують покарання, …", розуміти як законодавчу вказівку на можливість застосування ст. 69-1 КК лише за наявності не менше двох обставин, що пом'якшують покарання, які зазначені як у п. 1, так і у п. 2 ч. 1 ст. 66 КК, то необхідної кількості, а саме, мінімуму двох, обставин, які пом'якшують покарання, для застосування положень ст. 69-1 КК у п. 2 ч. 1 ст. 66 КК не має.

По-третє, слід мати на увазі, що поєднання таких обставин, що пом'якшують покарання, які зазначені у п.1 ч. 1 ст. 66 КК, як щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, з обставинами, що пом'якшують покарання, які зазначені у п. 2 ч. 1 ст. 66 КК, є складовими елементами дійового каяття, яке відповідно до ст. 45 КК є імперативним і безумовним звільненням особи від кримінальної відповідальності. Суд, встановивши при розгляді кримінальної справи наявність зазначених обставин, зобов'язаний винести постанову про закриття цієї справи. Однак, відповідно до ст. 45 КК, звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку дійовим каяттям можливе лише, по-перше, при вчиненні винною особою злочину невеликої тяжкості або необережного злочину середньої тяжкості, по-друге, вчинення цього злочину вперше. Отже, якщо вважати, що законодавець між п.1 і 2 ч. 1 ст. 69-1 КК застосував єднальний сполучник "та ", а тому для застосування положень ст. 69-1 КК необхідно, щоб у наявності було не менше двох обставин, передбачених як п. 1 ч1 ст. 66 КК, так і п. 2 ч. 1 вказаної статті, то зазначене вище поєднання обставин, які зазначені у п.1 ч.1 ст.66 КК і у п. 2 ч.1 ст. 66 КК, як підстава призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання, можливе тільки за вчинення умисного злочину середньої тяжкості, тяжкого злочину та особливо тяжкого злочину.

Якщо порівнювати положення ст. 69 КК, яка регламентує правила призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, із положеннями ст. 69-1 КК, то можна зробити висновок, що законодавче формулювання "за наявності **обставин,** що пом'якшують покарання, …", яке використовується у ст. 69-1 КК, вказує на те, що для встановлення першої підстави застосування ст. 69-1 КК достатньо хоча б однієї обставини, що пом'якшує покарання, передбаченої чи у п.1 ч. 1 ст. 66 КК, чи у п. 2 ч.1 цієї ж статті. Адже, якщо б законодавець мав на меті вказати у ст. 69-1 КК на необхідність наявності для застосування правила призначення покарання, зазначеного у цій статті, множинності таких обставин, то він би використав для цього, ним же застосоване у ст. 69 КК законодавче формулювання "за наявності кількох обставин, що пом'якшують покарання. Викладене дозволяє зробити висновок, що у зазначеній редакції ст. 69-1 КК України сполучник "та " між пунктами 1 і 2 ч.1 ст. 69-1 використовується у протиставній функції (у значенні "або "). Щоб уникнути будь-яких непорозумінь, пропонуємо сполучник "та " між пунктами 1 і 2 ч.1 ст. 69-1 замінити на сполучник "або ", та сформулювати першу підставу призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання наступним чином: "За наявності хоча б однієї із обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 або 2 частини першої статті 66 цього Кодексу ".

Другою підставою, за наявності якої суд може застосувати передбачене у ст. 69-1 КК провило призначення покарання, є відсутність обставин, що обтяжують покарання. Як бачимо, у такий спосіб законодавець вказав на випадки, коли дане правило, не може бути застосовано, адже наявність обставин, що обтяжують покарання, є обмеженням застосування ст. 69-1 КК. Однак слід відзначити, що вжите законодавцем словосполучення "відсутність обставин, що пом'якшують покарання " є неоднозначним і в судовій практиці може викликати різне тлумачення, оскільки із його змісту важко встановити за наявності якої кількості обставин, що обтяжують покарання, положення ст. 69-1 КК не застосовуються. Дане словосполучення можна розуміти і як вказівку на відсутність будь-яких обставин, що обтяжують покарання, при застосуванні положень ст. 69-1 КК, так і на можливість її застосування при наявності однієї такої обставини, тобто, коли положення даної статті не застосовуються лише за наявності двох

і більше обставин, що обтяжують покарання. Буквальне тлумачення положень вказаної статті дозволяє зробити висновок, що призначення покарання за правилом, передбаченим у ст. 69-1 КК можливе лише за відсутністю будь-яких обставин, що обтяжують покарання.

Обов'язковою підставою для застосування ст. 69-1 КК є і визнання винною особою своєї вини. Однак, навряд чи правильно законодавець визнав її такою. Адже, і з'явлення із зізнанням, і щире каяття, і активне сприяння розкриттю злочину, так само, як і добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди, передбачає повне визнання особою своєї вини, тобто, визнання особою своєї вини є складовою частиною вказаних обставин. Крім цього, слід також мати на увазі, що невизнання особою своєї вини є одним із способів її захисту, тобто її правом, і чи не порушується дане право, коли обов'язковою підставою для застосування ст. 69-1 КК є саме визнання особою своєї вини. Чи не порушується також таким чином одна із найважливіших конституційних засад, принцип невинуватості особи, який закріплений у ст. 62 Конституції України.

ПОНЯТТЯ СПІВВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Із прийняттям Кримінального кодексу України 2001 року (далі – КК України) вперше у вітчизняному законодавстві з'явилося поняття співвиконавця злочину. Не наповнивши його власним конкретним змістом, застосувавши при цьому прийом синонімії при визначенні поняття виконавця злочину («виконавець (співвиконавець)»), законодавець фактично створив ситуацію, коли для його тлумачення ми можемо скористатися лише теоретичними напрацюваннями та судовою практикою.

В науці кримінального права склалося декілька підходів до питання співвідношення понять виконавця та співвиконавця злочину.

Перший, і домінуючий, зводиться до використання поняття виконавця злочину у двох значеннях: по-перше, як родового поняття, що охоплює будь-які випадки виконання об'єктивної сторони злочину (незалежно від обсягу та способу вчинення злочину), де співвиконавець є одним із видів виконавця злочину, а отже фактично поняттям видовим. По-друге, ці поняття часто використовуються як тотожні, а терміни, що їх позначають, як слова-синоніми. Як зазначив А.В. Ушаков, виконавець та співвиконавець злочину – фігури однопорядкові. Співвиконавцями визнаються особи, які повністю чи частково умисно спільно виконують об'єктивну сторону злочину. Кожен із них здійснює безпосередній вплив на об'єкт кримінально-правової охорони. Фігура співвиконавця співпадає з фігурою виконавця в головному – характері участі у злочині. Відмінність між ними лише кількісна: якщо виконавець в межах відведеної йому ролі один розпочинає і доводить до кінця діяння, описане в Особливій частині КК, то співвиконавець в межах такого діяння завжди діє, як мінімум, з іншим таким же співвиконавцем, хоча обсяг виконуваного кожним із них може не співпадати.

Зважаючи на це, науковцями неодноразово висловлювалися пропозиції конкретизувати законодавчу формулу поняття виконавця злочину, що містилася у КК 1960 р., через вказівку на те, що виконавцем є також і особа, яка безпосередньо виконала лише частину діяння, описаного в Особливій частині КК, що унеможливило б різне тлумачення законодавчого поняття.

Другий підхід, альтернативний традиційному розумінню поняття співвиконавця злочину, пов'язаний із пропозиціями виділення співвиконавця як окремого виду співучасника поряд із виконавцем, організатором, підбурювачем та пособником. Ідею розмежування понять виконавця та співвиконавця злочину в радянський період розвитку науки кримінального права відстоювали М.І. Блум, Ф.Г. Бурчак, М.Д. Лисов, С.А. Тарарухін, станом на сьогоднішній день її підтримують В.О. Навроцький, О.І. Рарог, С.О. Семенов, В.І. Терентьєв, А.М. Трухін. При цьому зміст у поняття співвиконавця вкладається різний:

1) співвиконавець злочину – особа, яка вчиняючи злочин спільно з іншими суб'єктами, повністю або частково виконує діяння, заборонене кримінальним законом. Виконавцем пропонується визнати особу, яка безпосередньо вчинила діяння, передбачене Кримінальним кодексом, або використала для його вчинення інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності у зв'язку з недосягненням віку, з якого встановлена кримінальна відповідальність за цей злочин, неосудністю, відсутністю вини чи необережністю (Ф.Г. Бурчак). Єдина відмінність цього підходу від наведеного вище у тому, що Ф.Г. Бурчак запропонував визнати співвиконавця окремим видом співучасника злочину поряд із виконавцем, підбурювачем та пособником. На жаль, аргументів щодо доцільності такого розмежування автор не навів.

2) співвиконавець злочину – особа, яка вчиняє діяння, що становить лише частину об'єктивної сторони злочину (М.І. Блум, В.О. Навроцький). Виконавець, на думку авторів цієї позиції, реалізує склад злочину повністю, його діяння містить всі передбачені кримінальним законом ознаки складу конкретного злочину. І якщо М.І. Блум стверджує, що співвиконавство не можливе без виконавства, то В.О. Навроцький таку можливість допускає, цілком справедливо

© Гриниха І., 2011

наводячи приклад часткового виконання об'єктивної сторони злочину кожним із співучасників, коли в повному обсязі вона виконується лише завдяки їх спільній діяльності (т.зв. «збірний виконавець»). Доцільність надання самостійного правового значення фігурі співвиконавця злочину В.О. Навроцький пояснює відсутністю у його діях всіх ознак складу злочину, а отже й самої підстави кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2 КК України.). Відсутні ознаки складу злочину, вважає автор, слід було б заміщати посиланням на відповідну норму Загальної частини кримінального закону, що містила б визначення поняття співвиконавця злочину на кшталт: «Співвиконавець злочину – це особа, яка виконує частину об'єктивної сторони злочину»;

3) співвиконавець – особа, яка частково виконує об'єктивну сторону складу злочину (елемент об'єктивної сторони) або сприяє її виконанню певним способом під час вчинення злочину іншим суб'єктом. Виконавцем визнається лише той суб'єкт, який своїми діями виконує весь склад злочину (М.Д. Лисов, С.А. Тарарухін). Під «сприяє її виконанню певним способом» мають на увазі випадки, коли такі дії, взяті у відриві від поведінки виконавця, взагалі не охоплюються ознаками об'єктивної сторони складу злочину. За своїм зовнішнім проявом вони нагадують надання допомоги іншим учасникам злочину, і лише у взаємозв'язку із поведінкою інших учасників (виконавців та співвиконавців) утворюють *єдиний процес виконання об'єктивної сторони складу злочину,* становлять собою *безпосередню участь* у виконанні об'єктивної сторони (наприклад, співвиконавцем є особа, яка тримала потерпілого під час нанесення йому смертельних ушкоджень виконавцем; «стоїть на сторожі» під час вчинення злочину тощо). Проте слід звернути увагу на суперечність, що існує між змістом виділених цими науковцями понять та критерієм їх розмежування. Не можемо погодитися із С.А. Тарарухіним, що вирішальне значення для визнання суб'єкта співвиконавцем злочину має *не обсяг виконання*, а *безпосередня участь* останнього у виконанні об'єктивної сторони складу. Адже саме наявність в діянні особи всіх ознак об'єктивної сторони складу конкретного злочину (а це й показує обсяг виконання) є підставою для юридичної оцінки її поведінки як дій виконавця злочину.

Запропоноване розмежування виконавця та співвиконавця злочину, на думку М.Д. Лисова, має двояке значення. По-перше, служить вирішенню питання про ступінь суспільної небезпеки співучасника, і як наслідок, забезпечує дотримання принципу індивідуалізації покарання. Співвиконавець, вважає цей автор, порівняно із головним винуватцем – виконавцем – особа другорядна. Суспільна небезпека виконавця, як правило, вища, ніж співвиконавця, оскільки від рішучості виконавця, а часом і його можливостей всеціло залежить вчинення злочину. По-друге, сприяє з'ясуванню юридичної природи співучасті у злочинах зі спеціальним суб'єктом. Так, якщо виконавцями таких злочинів можуть бути тільки спеціальні суб'єкти (інакше б втрачався сенс обмеження кола суб'єктів злочину), то співучасниками, в тому числі і співвиконавцями, можуть бути й інші особи, що не характеризуються відповідними ознаками. Такий висновок автор робить на підставі аналізу правових позицій Пленуму Верховного Суду СРСР, а саме положень, що дозволяють притягувати загальних суб'єктів до кримінальної відповідальності за тією ж статтею КК, що й суб'єктів спеціальних, а у випадку, коли група осіб передбачена як кваліфікуюча ознака злочину, – то й як учасників такої групи без посилання на статтю Загальної частини КК, що визначає види співучасників, на відміну від відповідальності, наприклад, пособників. Пособник, вважає науковець, ніколи безпосередньо не бере участь у виконанні злочину, він лиш надає допомогу виконавцеві до моменту вчинення злочину або після нього, але обіцяну заздалегідь;

4) співвиконавець злочину як вид співучасника у злочинах зі спеціальним суб'єктом. На відміну від виконавця злочину (особи, що безпосередньо вчинила злочинне діяння і наділена ознаками суб'єкта цього злочину або використала для його вчинення осіб, які відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності), співвиконавцем пропонується визнати на законодавчому рівні особу, що безпосередньо брала участь у вчиненні злочинного діяння спільно із виконавцем, але не характеризується відповідними спеціальними ознаками (В.І. Терентьєв, С.О. Семенов, О.І. Рарог). Визнаючи діяльність таких осіб як співвиконавство в пропонованому значенні цього терміну, що вимагає при кваліфікації посилання на відповідну статтю Загальної частини КК, на думку С.О. Семенова, не буде порушено усталеної в теорії точки зору про неправомірність ототожнення осіб, які не володіють ознаками спеціального суб'єкта, і осіб, які ними наділені. У такий спосіб ще раз наголошується, що виконавець злочину – це особа, яка ха-

рактеризується всіма ознаками суб'єкта цього виду злочину, що фігура його є ключовою у злочині, оскільки без виконавця немає і самого злочину. Співвиконавець, поряд з організатором, підбурювачем і пособником не відіграє ключової ролі у вчиненні злочину. Такий підхід, на думку його прихильників, дозволить забезпечити єдність судової практики в правовій оцінці умисного спільного вчинення злочину спеціальним та загальним суб'єктами.

На жаль, формулюючи поняття співвиконавця злочину як поняття універсальне, для обґрунтування можливості співвиконавства у злочинах зі спеціальним суб'єктом науковці спираються лише на складені склади злочинів, в яких частина діянь може бути виконана лише спеціальним суб'єктом, а інша частина – й особою, що не відповідає визначеним кримінальним законом ознакам. Таким чином поза їх увагою залишаються більш складні випадки, коли об'єктивна сторона характеризується лише одним злочинним діянням (наприклад, службове підроблення; привласнення, розтрата майна чи заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем тощо), вчиняючи яке спеціальний суб'єкт заподіює шкоду об'єкту кримінально-правової охорони. Чи фактичне виконання такого діяння може розглядатися в правовій площині як співвиконавство, чи має оцінюватися як пособництво у злочині, виходячи з аналізованої позиції, уяснити неможливо.

5) співвиконавець злочину – фактичний безпосередній пособник (А.М. Трухін).

Автор цього підходу вказує на існування двох видів співвиконавства: у вузькому значенні – при наявності двох чи більше виконавців, які безпосередньо чи опосередковано вчиняють злочин, і в широкому значенні – за наявності одного виконавця, який безпосередньо чи опосередковано вчиняє злочин, та іншої особи, яка бере безпосередню участь у вчиненні діяння спільно з ним, тобто співвиконавця. Таке бачення автора базується на тлумаченні поняття виконавця злочину, що міститься у КК Російської Федерації (ч. 2 ст. 33). А.М. Трухін вважає, що законодавець, намагаючись привести у відповідність із законом судову практику, що склалася у справах про «групові злочини», прирівняв юридично фактичного пособника, який брав безпосередню участь у вчиненні діяння, до виконавця – особи, що безпосередньо вчинила злочин. Не погоджуючись із зазначеним станом речей, він пропонує такого пособника виділити в окремій частині статті, де міститься перелік видів співучасників злочину, як *особливого учасника-співвиконавця* з урахуванням специфіки його форми участі у злочині. А специфіка співвиконавства як безпосереднього пособництва полягає у тому, що особа навіть частково не виконує об'єктивної сторони злочину (наприклад, тримає потерпілого, в той час, коли інша особа наносить смертельні поранення), а бере безпосередню участь у вчиненні злочину шляхом надання допомоги виконавцю у її виконанні. На відміну від звичайного виконавця, такий суб'єкт не здатний своїм діянням одноособово вчинити злочин, співучасником якого він є. Він навіть частково не виконує об'єктивної сторони злочину, або виконує в особливих випадках не повністю і не одноособово, а тільки із виконавцем як суб'єктом злочину. Під такими «особливими випадками» автор має на увазі спільне вчинення злочинів зі спеціальним суб'єктом. Проблему розмежування виконавця і співвиконавця злочину, співвиконавця і опосередкованого пособника (суб'єкт, що надає сприяння у вчиненні злочину поза часом виконання об'єктивної сторони злочину виконавцем), переконує А.М. Трухін, можна було б зняти, визнавши особу, яка брала безпосередню участь у вчиненні злочину у вигляді надання допомоги виконавцеві у виконанні об'єктивної сторони злочину, *особливим безпосереднім пособником, назвавши його умовно співвиконавцем злочину*.

Отже, короткий аналіз існуючих в науці підходів до визначення поняття співвиконавця злочину показав, що при його формулюванні кожен науковець виходить із певної мети: або обґрунтувати відповідальність суб'єкта, в діянні якого відсутні всі обов'язкові ознаки об'єктивної сторони складу злочину, або розмежувати діяння особи, яка бере участь у процесі вчинення злочину, та пособника, підкреслюючи при цьому різну правову природу цих співучасників, або ж вирішити існуючу проблему співвиконавства у злочині зі спеціальним суб'єктом щляхом законодавчого (владного) його врегулювання. У кожній із наведених позицій є раціональне зерно, що відображає різні аспекти проблеми відповідальності виконавця і співвиконавця злочину, що є передумовою для формулювання власного бачення поняття співвиконавця злочину і його місця в системі співучасті.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ (РОЗСУДУ) ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ

Гуменюк Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема наділення компетентного органу дискреційними повноваженнями, тобто надання йому можливості діяти у певних правових координатах на власний розсуд, а відтак й проблема відповідності (адекватності) реалізації таких повноважень, викликає все більший інтерес як у фаховому правничому середовищі, так і в суспільстві загалом. Такий стан речей, зумовлений зокрема тим, що за наявності у суб'єкта владних повноважень широкого спектру варіантів поведінки, існує висока ймовірність того, що матимуть місце зловживання й використання відповідних повноважень всупереч тій меті й завданням, задля яких вони були надані.

Актуальними означені проблеми є й для законодавства про кримінальну відповідальність та практики його застосування, зокрема в частині правового регулювання призначення покарання, на чому й зупинимося детальніше.

Видається, що ключовими проблемними питаннями судової дискреції (розсуду) в рамках інституту призначення покарання виступають, по перше, досяжність адекватності (пропорційності) конкретно призначеного покарання вчиненому конкретному злочину, що в широкому сенсі може охоплюватися ознакою справедливості судового вироку, а по друге, те, що у кримінальному законі закладені можливості для зловживань з боку суду при призначенні покарання, у тому числі й шляхом неправомірного створення передумов та підстав для звільнення від покарання чи його відбування, зокрема й внаслідок вчинення корупційних діянь.

На загальнотеоретичному рівні під дискрецією (розсудом, дискреційними повноваженнями) пропонують розуміти передбачену нормами права можливість суб'єкта правозастосування обирати найбільш оптимальний варіант вирішення правового питання, відповідно до нормативно визначених меж, з метою забезпечення законності, справедливості, доцільності та ефективності державно-правового регулювання.

Визначення поняття дискреційних повноважень знайшло своє закріплення і на нормативному рівні. Так, відповідно до п. 2 Методології проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 08.12.2009 р. №1346, під дискреційними повноваженнями слід розуміти сукупність прав і обов'язків державних органів, їх посадових та службових осіб, що дають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково зміст рішення або вибрати один з кількох варіантів прийняття рішень, передбачених нормативно-правовим актом.

Виходячи із наведеного, можемо сформулювати тезу, що судова дискреція (розсуд) при призначенні покарання – це законодавчо надані повноваження суду щодо обрання з кількох можливих визначених варіантів того покарання (виду, обсягу та наслідків, що з нього випливають), яке, на думку суду, буде суспільно справедливим для конкретної особи за вчинений нею конкретний злочин.

Одразу можуть виникнуть питання щодо того, яке покарання слід вважати суспільно справедливим, та й зрештою, що слід розуміти під справедливістю покарання (видається, що слід вести мову не просто про справедливість, яка у кожного, як кажуть, може бути своя, а про справедливість суспільну, тобто таку яка відображає уявлення суспільства про відповідність зазнаваних особою негативних наслідків вчиненому нею суспільно небезпечному діянню).

Формально відповідь на ці питання дає сам законодавець, встановлюючи, по перше, вичерпний перелік покарань, які взагалі можуть бути застосовані до особи за вчинення злочину, а по друге, передбачаючи конкретні покарання у санкціях статтей Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України), якими карається відповідний злочин. Наприклад, вчинення особою простого складу розбою, на думку законодавця, за загальним правилом (оскільки можуть бути винятки, передбачені ст. 69 КК України) суспільно справедливо карати позбавленням волі на строк від трьох до семи років. Звідси відповідно, можемо зробити

© Гуменюк Ю., 2011

висновок, що суспільно несправедливо буде карати вчинення вказаного злочину позбавленням волі на строк більше семи років або довічним позбавленням волі, і за загальним правилом – позбавленням волі на строк менше трьох років чи іншим більш м'яким покаранням.

Однак, фактично визначити та призначити суспільно справедливе покарання за злочин повинен суд на свій розсуд, який обмежений певними рамками, за які він не вправі вийти. Знову ж таки, повертаючись до покарання, яке передбачене за основний (простий) склад розбою, суд вправі призначити особі покарання у виді позбавлення волі і строком у три роки, і чотири роки і так до семи років. Якщо виходити з того, що будь-яке рішення, прийняте в межах дискреційних повноважень вважається законним, то доведеться констатувати, що позбавити волі строком у три роки за вчинення розбою є таким же справедливим, як і позбавити особу волі строком у сім років. Однак, видається, що це доволі сумнівно. Звичайно, що в цьому випадку одразу спадають на думку положення ст. 65 КК України, у яких йдеться про те, що суд призначає покарання, зокрема, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Але ж ступінь тяжкості вчиненого злочину по суті врахований самим законодавцем, зокрема й шляхом диференціації кримінальної відповідальності за наявності обставин, які впливають на ступінь тяжкості злочину. Дискусійним є й положення щодо врахування судом особи винного, як з огляду на те, що ознаки особи винного у багатьох випадках виступають обставинами, що пом'якшують чи обтяжують покарання, так і з огляду на конституційне положення про рівність громадян перед законом та заборони встановлення привілеїв чи обмежень за будь-якими ознаками (ст. 24 Конституції України). Беручи до уваги обставини, що пом'якшують чи обтяжують покарання як певних індикаторів у пошуку суспільно справедливого покарання, то видається, що максимум, на що вони можуть впливати, так це на зміну меж дискреційного повноваження. Іншими словами наявність обставини, що пом'якшує покарання може слугувати аргументом у поясненні чому суд не призначив максимального строку чи розміру покарання, передбаченого у санкції відповідної статті. Аналогічно, якщо є обставина, що обтяжує покарання, то знімається питання про мінімальну межу покарання. Принагідно зазначимо, що за такою логікою сформульовано правило про призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання у ст. 69-1 КК України. На прикладі про розбій, наявність обставини, що пом'якшує покарання може виключати можливість призначення покарання у вигляді позбавлення волі строком на сім років, але це не дає відповідь на питання, чому суд призначив покарання строком на шість років, а не на п'ять, або на п'ять, а не на чотири і т. д. Окрім того, призначаючи покарання, яке передбачає межі строку чи розміру відповідного покарання, не діє й правило про пріоритетність розгляду можливості призначити покарання за мінімальною межею, як це має місце, у випадку обрання виду основного покарання в межах альтернативної санкції (ч. 2 ст. 65 КК України). Відтак, питання про суспільну справедливість призначуваного особі покарання залишається відкритим.

Ще більше ситуацію заплутує кримінально-процесуальне законодавство, з якого взагалі випливає, що не всі варіанти рішень у межах дискреційного повноваження є законними, а відтак суд не «вправі обирати», а «зобов'язаний відшукати» з кількох можливих варіантів єдино вірний. Але чи можна в такому випадку вести мову про дискрецію. Так, однією з підстав для скасування чи зміни судового рішення є невідповідність призначеного покарання тяжкості злочину та особі засудженого, яким визнається таке покарання, яке хоч і не виходить за межі, встановлені відповідною статтею КК України, але за своїм видом чи розміром є явно несправедливим як внаслідок м'якості так і суворості (ст.ст. 367, 372 Кримінально-процесуального кодексу України).

Видається, що шляхи вирішення окресленої проблеми варто шукати не стільки у площині справедливості судового рішення, скільки у проведенні чіткої межі, де ця справедливість закінчується. Слід визнати, що суд повинен мати можливість для індивідуалізації кримінальної відповідальності, відсутність якої вже багато у чому свідчило б про несправедливість кримінального законодавства, проте не перетворюючи її у суддівське свавілля та не нівелюючи самої суті кримінальної відповідальності.

Відтак, не заперечуючи важливість та цінність рекомендацій судової практики, яка самостійно намагається виробити певний алгоритм у використанні дискреційних повноважень,

що, як правило, полягають у вимозі до суду мотивувати той чи інший свій вибір варіанту рішення з кількох можливих, проте, все ж таки, провідна роль у регламентації застосування судової дискреції та виробленні запобіжників від зловживань при судовому розсуді, належить законодавцю.

Першочерговим кроком у цьому напрямку, є вдосконалення положень щодо класифікації злочинів за ступенем тяжкості. А саме, слід внести зміни до ст. 12 КК України, і визначити не лише верхню межу покарання, що слугує відмежуванням злочинів за ступенем тяжкості, але й нижню (не виключено, що це може призвести до необхідності збільшення кількості градацій ступеня тяжкості злочину). В результаті це повинно унеможливити будь-яке співпадіння (тотожність) обсягу покарань у санкціях статтей, що передбачають відповідальність за злочини різного ступеня тяжкості. Адже за чинним кримінальним законодавством особі, яка вчинила тяжкий злочин може бути призначене покарання, яке є співмірним або й м'якшим, ніж те, яке може бути призначене за злочин середньої тяжкості. Навряд чи нормальною є ситуація, коли індивідуалізація кримінальної відповідальності руйнує її диференціацію.

Про невиправданість та підвищену криміногенність (або корупціогенність) встановлення законодавцем широких меж дискреційних повноважень (особливо це стосується встановлення меж строків та розмірів відповідного покарання), у науковій літературі зазначалось неодноразово. У цьому ж контексті, слід зазначити, що не менш важливим є й те, щоб при конструюванні альтернативних санкцій не допускались істотні перепади у характері та ступені правообмеження, які передбачають ті покараннями, що в них містяться. Наприклад, якщо проаналізувати коло покарань, які вказані у санкції ч. 1 ст. 185 КК України, та перевівши, послуговуючись правилами, наведеними у ст. 72 КК України, передбачені у ній покарання у виді громадських робіт, виправних робіт та арешту у покарання у виді позбавлення волі, то вийде, що для законодавця абсолютно співмірними є позбавлення волі строком від одного до трьох років, що прямо передбачено у санкції статті із тими покараннями, які у переведеному вигляді становлять 30 днів, шість та вісім місяців позбавлення волі. Поза всяким сумнівом така дискреція є явно несправедливою.

Не менш важливою проблемою законодавчого регулювання призначення покарання є і закладення потенційних можливостей для зловживання під час реалізації дискреційних повноважень. Не згадуючи про те, що певні зловживання можуть бути викликані широким спектром рішень, які може прийняти суд, провокуючи зацікавлених осіб у не правовий спосіб переконати його застосувати найменш суворе покарання, кримінальним законодавством передбачена й ціла низка інших механізмів, що суттєво пом'якшують кримінальну відповідальність особи чи поліпшують її становище, які безпосередньо пов'язані з питанням призначення покарання, і які також можуть бути джерелом зловживань. Насамперед, йдеться про призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (ст. 69 КК України) та звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України).

Так, із змісту ст. 69 КК України випливає, що навіть за наявності підстав для призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, суд не зобов'язаний цього робити. Це при тому, що законодавець не встановлює жодних правил щодо вибору більш м'якого виду основного покарання, не передбаченого у санкції статті Особливої частини КК України за відповідний злочин.

Щодо законодавчої регламентації дискреційного повноваження суду звільнити особу від відбування покарання з випробуванням, то редакція ст. 75 КК України не витримує жодної критики. Адже, на підставі оціночних суджень, якщо суд дійде висновку (*хоч може і не дійти, навіть за наявності для цього підстав*) про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти (*а може і не прийняти*) рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Цікавим є й те, що звільнити від відбування покарання у виді позбавлення волі, суд може лише у випадку, якщо призначить таке покарання на строк не більше п'яти років. Тому й не дивно, що санкція, наприклад, за шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах або організованою групою передбачає покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до дванадцяти років (ч. 4 ст. 190 КК України).

Усвідомлюючи всю складність ефективного врегулювання вищенаведених кримінально-правових відносин, видається, що добрим початком на шляху реформування законодавства у

цій частині, було б встановлення обов'язку суду діяти так, а не інакше, за наявності чітко визначених передумов. Такі передумови повинні бути предметом публічно-правого спору між стороною обвинувачення та стороною захисту у кримінальному судочинстві, розсудити яких було б завданням безстороннього суду.

Підсумовуючи викладений матеріал, вважаємо що тенденціями перспективного кримінального права мають стати відхід від надмірного використання оціночних понять у кримінальному законодавстві та відмова від надання надто широких дискреційних повноважень суб'єктам владних повноважень у сфері кримінального правозастосування. Як видається, виходячи із публічно-правової природи кримінального права, цього вимагає дух конституційного припису, згідно з яким органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межа повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України).

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА У РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Денькович О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання загальної частини кримінального права неодноразово розглядалися КС України. Аналіз практики діяльності вказаного органу конституційного контролю дозволяє виділити закономірності розгляду проблем загальної частини кримінального права у рішення КС України, які полягають у наступному.

По-перше, КС України не виніс жодного рішення безпосередньо спрямовані на тлумачення положень КК 2001 року. Тлумачення кримінально-правових норм, закріплених у статтях КК 2001 року, відбувалося у межах розгляду питання про конституційність положень цього кодексу і таке рішення є лише одне (рішення від 02.11.2004 року у справі про призначення більш м'якого покарання № 15-рп/2004). Інші рішення, у яких розглядаються питання загальної частини кримінального права, стосуються або тлумачення кримінально-правових норм, закріплених у КК 1960 року (єдине таке рішення прийнято 19.04.2000 року у справі про зворотну дію кримінального закону в часі № 6-рп/2000), або вирішення питання про конституційність положень КК 1960 року (рішення у справі про смертну кару від 29.12.1999 року № 11-рп/99), або тлумачення положень Конституції України (наприклад, рішення від 09.02.1999 року у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів № 1-рп/99). КС України питання загальної частини кримінального права не розглядає в процесі вирішення питання про конституційність або тлумачення інших, окрім Конституції України та КК, законодавчих актів. Видається, що такий стан практики діяльності органу конституційного судочинства щодо загальної частини кримінального права не обумовлюється об'єктивними факторами, адже жодних перешкод ні передбачених законодавством ні вироблених практикою для вирішення кримінально-правових проблем, які виникають в процесі розгляду питання про конституційність чи тлумачення іншого, окрім Конституції України та КК України, законодавчого акта, немає.

З іншого боку для загальної частини кримінального права значення мають лише рішення, у яких прямо чи опосередковано вирішуються проблеми загальної частини кримінального права. Виняток з цього правила становить тлумачення КС України конституційних норм, результати якого також мають значення для загальної частини кримінального права. Це пояснюється всезагальністю Конституції України, її верховенством щодо інших нормативно-правових актів. Вказана особливість відрізняє тлумачення КС України загальної частини кримінального законодавства від тлумачення його особливої частини. Для особливої частини кримінального права окрім рішень, у яких КС України вирішує кримінально-правові проблеми, мають значення рішення, які лише окреслюють сферу дії норм особливої частини кримінального законодавства і не тлумачать ні кримінально-правової норми ні кримінально-правового поняття. Прикладом таких рішень можуть бути рішення КС України, у яких він вирішує питання щодо розмежування повноважень органів державної влади. У цих рішеннях орган конституційної юстиції тлумачення кримінально-правових норм чи понять не здійснює. Однак правові позиції, закріплені у цих рішеннях, повинні враховуватися в процесі з'ясування змісту кримінально-правових норм, закріплених в Особливій частині КК України (наприклад, ст. 365 КК України).

По-друге, ті конституційні норми, які тлумачаться у рішеннях КС України і мають значення для загальної частини кримінального права, стосуються або безпосередньо кримінального права (зокрема, п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України (рішення у справі про відповідальність юридичних осіб від 30.05.2001 року № 7-рп/2001) або є міжгалузевими. Щодо останньої групи виділених конституційних норм, то отримані в результаті тлумачення таких норм правові позиції КС України за їх значенням для загальної частини кримінального права можна поділити на: 1) правові позиції, які стосуються усіх галузей права, а відповідно тому і кримінального права як однієї з них (наприклад, правові позиції щодо ч. 1 ст. 58 Конституції України (рішення у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів від 09.02.1999 року № 1-

© Денькович О., 2011

рп/99), щодо голосування (рішення від 07.07.1998 року № 11-рп/98 у справі щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України) і набрання чинності нормативно-правовими актами (рішення від 07.07.2009 року № 17-рп/2009 у справі про конституційно встановлену процедуру набрання чинності законом)); 2) хоча конституційні норми стосуються усіх галузей права, однак у рішенні КС України вони тлумачаться лише у аспекті кримінального права, а тому правові позиції є актуальними лише для кримінального права (наприклад, правові позиції КС України щодо ст. 27 Конституції України (рішення у справі про смертну кару від 29.12.1999 року № 11-рп/99), ч. 1 ст. 58 Конституції України (рішення у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів від 09.02.1999 року № 1-рп/99)). Таке тлумачення змісту конституційних норм можна назвати спеціальним, адже зміст конституційної норми з'ясовується КС України з урахуванням особливостей кримінального права; 3) для загальної частини кримінального права конституційна норма може і не мати безпосереднього значення, однак значення має правова позиція КС України щодо змісту кримінально-правового поняття, що вживається у цій нормі (наприклад, зміст терміну кримінальна відповідальність у ч. 3 ст. 80 Конституції України (рішення від 27.10.1999 року у справі про депутатську недоторканність № 9-рп/99).

Слід зазначити, що зміст кожного із видів вказаних вище конституційних норм може відтворюватися також і у КК України. Разом з тим актуальність використання результатів тлумачення конституційних норм для загальної частини кримінального права є одним із аргументів на користь твердження про те, що Конституція України є джерелом кримінального права. Окрім того зауважимо, що багато рішень щодо тлумачення конституційних норм були прийняті у період дії КК 1960 року. Однак вони містять тлумачення саме конституційних норм, які з часу такого тлумачення не змінювалися і на момент прийняття КК 2001 року були чинними, а тому повинні були бути враховані в процесі створення останнього. Тому тлумачення цих норм залишається актуальним і для з'ясування змісту норм, що закріплені у КК 2001 року.

По-третє, часто у рішеннях КС України щодо тлумачення конституційних норм правові позиції, які мають значення для вирішення питань загальної частини кримінального права, сформульовані в процесі вирішення інших питань некримінально-правового характеру. Маються на увазі випадки, коли КС України повинен вирішити певну кримінально-правову проблему для того, щоб дати відповідь на питання щодо змісту конституційної норми, яка є предметом конституційного подання чи звернення. У самому конституційному поданні може і не ставитися питання про вирішення цієї кримінально-правової проблеми, однак потреба у її вирішенні виникає в процесі розгляду справи (наприклад, для з'ясування змісту ч. 3 ст. 80 Конституції України КС України повинен був розглянути питання щодо розуміння поняття кримінальної відповідальності (рішення від 27.10.1999 року у справі про депутатську недоторканність № 9-рп/99). Поряд з цим інколи питання загальної частини кримінального права розглядаються КС України з власної ініціативи, без явної необхідності. Наприклад, у рішенні від 30.05.2001 року у справі про відповідальність юридичних осіб справа № 7-рп/2001 КС України вирішує питання щодо підстав кримінальної відповідальності, щодо розуміння поняття складу злочину, хоча для відповіді на поставлені у конституційному поданні питання таке тлумачення не є необхідним, у конституційному поданні ці питання не ставилися. Більше того, вказана конституційна норма цими кримінально-правовими поняттями не оперує. У зв'язку з наведеним, правові позиції КС України щодо загальної частини кримінального права сформульовані, у переважній більшості, у мотивувальній частині рішень. Це, як стверджується у літературі, залишає відкритим питання щодо правової природи та юридичної сили таких позицій.

По-четверте, у своїх рішеннях КС України дає визначення як тим кримінально-правовим поняттям, категоріям та конструкціям, які вживаються у кримінальному законодавстві, і визначаються у ньому або ж ні, так і тим, які у кримінальному законодавстві не закріплені, однак використовуються у теорії кримінального права. Не всі кримінально-правові поняття, які використовуються доктриною кримінального права, вживаються у КК України. Разом з тим багато категорій, які все ж закріплені у кримінальному законодавстві, цим законодавством не визначаються. Теорією кримінального права розглядаються та розробляються як ті питання, що висвітлені у кримінальному законодавстві, так і ті, які у ньому не відображені. Одночасно кожен науковець є прихильником тієї чи іншої концепції, вихідні положення яких діаметрально

протилежні. Часом певне поняття чи концепція спершу розробляється теорією кримінального права, а тоді «вводиться» в законодавство. Практика діяльності КС України засвідчує, що у певних випадках орган конституційної юстиції оперує певною кримінально-правовою категорією, засновує на ній свою правову позицію або ж дає визначення, ще до її введення в кримінальне законодавство. Наприклад, КК 1960 року не знав такого поняття як склад злочину, однак КС України у своєму рішенні саме склад злочину називав підставою кримінальної відповідальності. У теорії кримінального права таке поняття вже було розроблено, а концепція визнання складу злочину підставою кримінальної відповідальності - обґрунтована. Таким чином КС України фактично у правове регулювання підстав кримінальної відповідальності ввів нове для кримінального законодавства поняття «складу злочину». Однак у вказаному та аналогічних випадках КС України виконує не властиву йому функцію законодавця. Предметом тлумачення КС України є кримінально-правові норми, закріплені у тексті КК України. Якщо певне поняття у кримінальному законодавстві не використовується, то відсутній і предмет тлумачення. Таким чином ті поняття, які не вживаються у кримінальному законодавстві або ті питання, які у ньому не вирішуються, мали б не розглядатися КС України. Однак практика йде іншим шляхом, прикладом чого може бути назване вище визначення поняття складу злочину. Використання КС України у процесі тлумачення кримінально-правових норм концепцій та понять, які у кримінальному законодавстві не використовуються, є прикладом впливу теорії кримінального права на діяльність органу конституційного судочинства. Однак такий вплив не обмежується лише вказаним аспектом. КС України дає визначення кримінально-правовим поняттям, які законодавчо не визначені, однак і у теорії кримінального права відсутнє їх єдине розуміння (наприклад, поняття кримінальної відповідальності). Разом з тим, визначаючи ці поняття КС України надає перевагу певній розробленій у доктрині кримінального права концепції або виробляє власну. Вибір цієї концепції здебільшого залежить від праворозуміння судді-доповідача. В багатьох випадках КС України не подає обґрунтування своїх висновків, а розуміння змісту певного кримінально-правового поняття подається шляхом імперативної констатації, а не доведення.

Про вплив доктрини на діяльність КС України неодноразово зазначалось у літературі. КС України і сам зазначає, що використовує напрацювання теорії кримінального права (абз. 5 п. 3 мотивувальної частини рішення від 19.04.2000 року у справі про зворотну дію кримінального закону в часі). Однак стосовно галузі кримінального права слід відзначити більший вплив теорії кримінального права на діяльність КС України щодо тлумачення положень саме загальної частини кримінального законодавства у порівнянні з інтерпретацією його особливої частини.

По-п’яте, у літературі стверджувалося, що результат тлумачення залежить від типу праворозуміння суб’єкта тлумачення. Справджується така закономірність і щодо процесу тлумачення кримінально-правових норм КС України. Однак практика діяльності КС України вказує на відсутність єдиного типу праворозуміння, на основі якого тлумачаться норми загальної частини кримінального права. Тобто тип праворозуміння, на основі якого робляться висновки КС України, різниться від рішення до рішення. Така ситуація, як стверджується у літературі, зумовлена однією із тенденцій у зміні методології загальнотеоретичної юриспруденції, а саме використання «інтегральних підходів» до праворозуміння. Однак, на мою думку, причиною неоднакових підходів до тлумачення положень загальної частини кримінального права є швидше різне праворозуміння конкретних суддів КС України, а також зміна праворозуміння у зв’язку зі зміною політичної обстановки, політики держави, її керівних органів і т. п.

Наведені вище закономірності у практиці діяльності КС України щодо тлумачення норм загальної частини кримінального права свідчать про наявність певних недоліків у такій діяльності, які зумовлені, зокрема, недотриманням загальнотеоретичних закономірностей тлумачення норм загальної частини кримінального законодавства. Однак вивчення таких закономірностей та їх дотримання в процесі тлумачення органом конституційного судочинства сприятиме утвердженню єдиних підходів у з’ясуванні змісту вказаних норм та забезпеченню системності такої діяльності.

СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ»

Кондра О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У ст. 232-1 КК України встановлено кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації особою, яка нею володіє, якщо це завдало істотної шкоди. Таким чином обов'язковою ознакою цього складу злочину є суб'єкт злочину – особа, яка володіє інсайдерською інформацією. Оскільки від визначення того факту, яка саме особа, що незаконно використала інсайдерська інформацію, може бути суб'єктом злочину передбаченого ст. 232-1 КК України, залежить можливість притягнення її до кримінальної відповідальності,то всебічне з'ясування особливостей суб'єкта цього злочину має важливе теоретичне і прикладне значення.

Як вже вказувалось у ст. 232-1 КК України суб'єкт злочину є визначеним законодавцем, тому, на перший погляд, цей суб'єкт злочину є спеціальним. Нормативне визначення спеціального суб'єкта злочину розкривається у ч.2. ст. 18 КК України, де зазначається, що спеціальним суб'єктом злочину є фізична осудна особа, що вчинила у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Вказане визначення не позбавлене недоліків і по суті вказує лише на одну істотну ознаку – те, що у суб'єктами окремих складів злочинів можуть бути лише певні особи. В теорії кримінального права вказують, що спеціальний суб'єкт злочину - це така особа, яка поряд з ознаками загального суб'єкта злочину має володіти одною або декількома специфічними ознаками, наявність яких є обов'язковою для складу злочину.

У ст. 232-1 КК України законодавець вказав, що суб'єктом цього злочину є особа, яка володіє інсайдерською інформацією. Таке формулювання є нетиповим для понятійного апарату КК України, слід вказати, що таке структурне формулювання суб'єкта злочину «особа, яка володіє…» не вживається в жодній іншій статті КК України. Близьким до цього формулювання, але відмінним по суті, є формулювання, які вживаються у, наприклад, ст. 232 КК України «Розголошення комерційної або банківської таємниці» - особа, якій ця таємниця відома у зв'язку з професійною або службовою діяльністю; ст. 362 КК України «Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або зберігається на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї» - особа, яка має право доступу до неї; ст. 330 КК України «Передача або збирання відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, яка є власністю держави» - особа, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, і ще близько 10 статтях КК України.

Загальна відмінність формулювання суб'єкта злочину у ст. 232-1 КК України від інших споріднених формулювань полягає в тому, що ст. 232-1 КК України не визначає джерела походження, режиму доступу чи шляхів отримання інсайдерської інформації особою, яка в подальшому її використала, визначальною ознакою є сам факт володіння особою такою інформацією. Інші ж статті КК України вказують або на правомірність доступу до інформації, або вірність такої інформації чи перебування у віданні, або отримання інформації у зв'язку з виконанням службових чи професійних обов'язків. Тобто для ст. 232-1 КК України немає значення яким саме шляхом особа здобула інсайдерську інформацію, важливим є лише факт, що особа такою інформацією володіє.

Осмислення вказаного положення породжує сумніви в тому, що у ст. 232-1 КК України суб'єкт вчинення злочину є спеціальним. Цей силогізм є складним і складається з декількох логічних засновків.

По-перше, саме незаконне використання інсайдерської інформації є неможливим без того, що особа в тій чи іншій формі не володіла такою інформацією, якщо ти щось використовуєш, значить ти цим володієш (у фактичному значенні, правомірність володіння для ст.232-1 значення не-

© Кондра О., 2011

має). Тобто, кожна особа, яка незаконно використала інсайдерську інформацію нею володіє або володіла на момент незаконного використання.

По-друге, враховуючи вищенаведені положення щодо спеціального суб'єкта злочину, можна зробити висновок, що об'єктивну сторону злочину зі спеціальним суб'єктом, може вчинити будь-який суб'єкт злочину, однак кримінально-правове значення (для конкретного складу злочину, в нашому випадку ст. 232-1 КК України) буде мати лише вчинення цього діяння саме суб'єктом злочину зі спеціальними ознаками. У випадку вчинення такого діяння іншими особами, які володіють ознаками загального суб'єкта злочину, однак не володіють обов'язковими спеціальними ознаками, кримінальна відповідальність за цей конкретний злочин (в нашому випадку ст. 232-1 КК України) наставати не може – у діях цих осіб склад злочину відсутній взагалі або їх дії підлягають кримінально-правовій кваліфікації за іншими статтями КК України.

По-третє, при зверненні до спеціальних нормативно-правових актів вбачається, що чинне законодавство України не ставить вимогу про спеціальний статус чи характер певних зв'язків з емітентом чи іншою особою, особи, яка володіє інсайдерською інформацією.

Так, у ч.3. ст. 44 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» дається поняття інсайдерів і вказується, що інсайдери це особи, які володіють інсайдерською інформацією у зв'язку з тим, що вони є: 1) власниками голосуючих акцій емітента або часток (паїв) у статутному капіталі емітента; 2) посадовими особами емітента; 3) особами, які мають доступ до інсайдерської інформації у зв'язку з виконанням трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань незалежно від відносин з емітентом, зокрема: юридичними особами, які перебувають з емітентом у договірних відносинах або прямо чи опосередковано у відносинах контролю; фізичними особами, які перебувають з емітентом або юридичними чи фізичними особами, пов'язаними з емітентом договірними відносинами або відносинами контролю, у трудових чи договірних відносинах або прямо чи опосередковано у відносинах контролю; державними службовцями. Емітент або професійні учасники ринку цінних паперів, які здійснюють операції з цінними паперами цього емітента, повинні вести облік осіб, які мають доступ до інсайдерської інформації.

Однак ця стаття не обмежує коло осіб, які володіють інсайдерською інформацією лише інсайдерами. Такими особами можуть бути і інші особи, які не підпадають під ознаки інсайдерів і ними не є, однак, які фактично заволоділи інсайдерської інформацією, наприклад протиправними шляхом, у зв'язку з професійною діяльністю, або будь-яким іншим шляхом. Підтвердженням цього слугує і рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 22 липня 2008 року N 792 «Про порядок розкриття інсайдерської інформації» у ч.1. якого вказується, що це рішення поширюється на інсайдерів та осіб, які не є інсайдерами, але володіють інсайдерською інформацією.

З вищенаведеного випливає висновок, що володіння особи інсайдерської інформацією є іманентним (внутрішньо притаманним) процесу незаконного використання інсайдерської інформації, оскільки незаконне використання інсайдерської інформації неможуть вчинити особам, які не володіють такою інформацією. Отже, вказівка у ст. 232-1 КК України про те, що суб'єкт злочину має володіти інсайдерської інформацією є зайвим дубляжем того, що безпосередньо випливає з об'єктивної сторони цього складу злочину. Ця вказівка не відіграє розмежувального характеру між суб'єктами злочину та іншими особами, які незаконно використали інсайдерську інформацію. Більше того, такої різниці немає в силу того, що будь-яка особа, яка здійснила незаконне використання інсайдерської інформації нею володіла.

Таким чином, будь-яка особа, яка наділена ознаками загального суб'єкта злочину і вчинила незаконне використання інсайдерської інформації є суб'єктом злочину передбаченого ст. 232-1 КК України, а тому можна стверджувати, що суб'єкт цього злочину є загальним.

Вказівка про те, що особа має володіти інсайдерської інформацією є зайвою і такою, що не вказує на специфічні ознаки суб'єкта злочину та не несе самостійного кримінально-правового навантаження. Доводить цей висновок і метод умовного виключення – якщо із ст. 232-1 КК України забрати вказівку про те, що особа має володіти інсайдерською інформацію, для кримінально-правової кваліфікації цього діяння нічого не зміниться.

Вивчення побудови кримінально-правової санкції за вчинення злочину передбаченого ст. 232-1 КК України теж дозволяє ствердити, що передбачені у ній види покарання і можливість їх застосування не вказують на вчинення злочину спеціальним суб'єктом.

Таким чином, можна ствердити, що суб'єкт вчинення злочину передбаченого ст. 232-1 КК України є загальним. Наявність існуючої вказівки у ст. 232-1 КК України, що суб'єкт цього злочину має володіти інсайдерської інформацією, немає самостійного правового значення і не може виступати ознакою, що вказує на спеціального суб'єкта злочину. Ця вказівка прямо випливає з інших ознак злочину, незаконне використання інсайдерської інформації єдиноможливим лише особами, які нею володіють. В цілях текстуальної економії і простоти викладу із ст. 232-1 КК України доцільно вилучити слова «…особою, яка нею володіє….».

Не зайвим буде звернути увагу, що на це час існує законопроект №7330 від 04.11.2010р. "Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації" згідно якого планується внесення змін у статтю 232-1 Кримінального кодексу України. Наразі цей законопроект передано на розгляд Комітету з питань фінансів і банківської діяльності і він ще опрацьовується. Автором цього законопроекту є Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку.

Запропоновано у цьому законопроекті редакція диспозиції ч.1. ст. 232-1 КК України виглядає наступним чином: «Умисне незаконне розголошення, передача або надання доступу до інсайдерської інформації, а так само надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), а також вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація, якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку у значному розмірі, або уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб».

З цієї громіздкої редакції вбачається, що у ній відсутня вказівка про те, що особа має володіти інсайдерською інформацією, тобто цю вказівку пропонують виключити з існуючої редакції ст. 232-1 КК України. Одночасно пропонується внести зміни і в існуючу редакцію ст. 44 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» шляхом, зокрема, уточнення і розширення поняття інсайдера, в тому числі і за рахунок віднесення до них осіб, які мають доступ до зазначеної інформації у зв'язку з виконанням трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань незалежно від відносин з емітентом, а також осіб, які ознайомилися з інсайдерською інформацією неправомірним шляхом. При цьому у чинній ст. 45 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», яка має залишитись без змін, вказується про заборону незаконного використання інсайдерської інформації як інсайдерами, так і іншими особами які не є інсайдерами, але володіють інсайдерською інформацією і знають чи повинні знати, що ця інформація надійшла від інсайдера.

Загалом складається враження, що законодавець не може чітко визначитись зі своєю позицією щодо суб'єкта злочину «Незаконне використання інсайдерської інформації». У первинній редакції ст. 232-1 КК України суб'єкт злочину був спеціальним – особа, якій інсайдерська інформація відома у зв'язку з професійною чи службовою діяльністю. Чинна редакція ст. 232-1 КК України вказує на суб'єкта злочину як на особу, яка володіє інсайдерською інформацією, проте, як аргументувалось вище, суб'єкт злочину є загальним. У вказаному законопроекті вирішено взагалі відмовитись від вказівки на будь-які ознаки суб'єкта злочину у ст. 232-1 КК України. Однак зміни, які пропонують внести в регулятивне законодавство фактично намагаються окреслити склад осіб, які можуть нести відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації, тобто все таки зробити акцент на спеціального суб'єкта відповідальності за незаконне використання . Тому в цій частині законопроект потребує доопрацювання.

Більшою мірою саме від редакції Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» і прийнятих на підставі нього відповідних рішень ДКЦПФР залежить вирішення питання про те, хто може бути суб'єктом злочину передбаченого ст. 232-1 КК України. Чинне законодавство України з питань правового регулювання інсайдерської інформації та існуюча редакція ст. 232-1 КК України дозволяють зробити висновок, що на цей час суб'єкт злочину «Незаконне використання інсайдерської інформації» є загальним.

ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДНЕСЕННЯ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ВИПРАВНИХ РОБІТ ДО КАТЕГОРІЇ "МАЙНОВІ ПОКАРАННЯ"

Марисюк К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питанням покарання у виді виправних робіт присвячувала свої праці велика кількість дослідників, однак і до сьогодні деякі питання залишаються не до кінця з'ясованими та однозначними. Одним з них можна вважати те, чи відноситься згаданий вид покарання до категорії майнових, чи ні? Спробуємо зосередити на ньому нашу увагу.

Уже в перші роки існування згаданого виду покарання (а воно вперше було запроваджене Керівними засадами з кримінального права РСФРР 1919 р. та Кримінальними кодексами РСФРР та УСРР 1922 р.), існувала суперечка щодо суті виправних робіт та можливості віднесення їх до майнових покарань. Так, наприклад, С. Познишев та М. Ісаєв піддавали жорсткій критиці сам термін "виправні роботи", вважаючи останні нічим іншим, як "майновим покаранням", "замаскованим штрафом, який стягується в розстрочку".

Погоджувався з зазначеним вище і такий знаний сучасний російський науковець, як В. Пєтрашев, який також вважав, що "виправні роботи є за своєю суттю штрафом у розстрочку". Розділяв згадану думку В. Тадевосян, зазначаючи, що "виправно-трудові роботи є чимось середнім між штрафом та умовним засудженням".

Не можна не звернути увагу й на ще більш крайню позицію з цього питання, висловлену В. Мєньшагіним ще 1938 р. Аналізуючи суть виправно-трудових робіт, як виду покарання, автор дійшов до висновку, що останні є нічим іншим, як "більш м'якою формою штрафу, оскільки відповідна сума штрафу сплачується не одразу".

Не зважаючи на наведені вище аргументи та на рівень науковців, які їх висловлювали, більш аргументованою та зваженою видається думка тих дослідників, які виступали проти віднесення виправних робіт до майнових покарань. Про це вів мову, наприклад, Н. Стручков, який вважав, що "вважати виправні роботи за місцем праці "майновим покаранням", "замаскованим штрафом, який стягується у розстрочку", чимось "середнім між штрафом і умовним засудженням" – значить в невірному світлі розглядати їх кримінально-правове і виправно-трудове значення".

Ще більш категоричну позицію займав І. Бушуєв, який спеціально виділяв перелік ознак (елементів), які покликані були як охарактеризувати суть згаданого виду покарання, так і відокремити їх від передбачених у законодавстві майнових покарань.

До цих ознак згаданий вище автор відносив "сам факт покарання, оскільки визнання винним у вчиненні злочину означає негативну морально-політичну оцінку особи від імені держави, виникнення судимості, утримання з заробітку, тобто майнові правообмеження, трудові правообмеження, зміну виду і характеру праці при засудженні до виправних робіт, у втраті права самостійно звільнятися з роботи і т.д.". Як бачимо, майновий елемент виступає лише одним з перелічених, та й то далеко не найбільш значимим.

Аналізуючи чинне кримінально-виконавче законодавство та практику його застосування, можна констатувати фактичне нівелювання більшості з перелічених вище елементів, що дає нам можливість вести мову про наближення виправних робіт, за своєю суттю, до майнових покарань.

В той же час, важко погодитись з І. Цокуєвою, яка вважає, що, у зв'язку із згаданими причинами, "на сьогодні виправні роботи фактично перетворились у грошове стягнення з розстрочкою платежу на строк від двох місяців до двох років".

Несприйняття зазначеної вище позиції з нашого боку викликане простим аналізом чинного Кримінально-виконавчого кодексу України, ст.ст. 41 та 42 якого містять прямі положення щодо обмежень та заборон щодо засудженого до такого виду покарання, наприклад, щодо обов'язку повідомляти кримінально-виконавчу інспекцію про зміну місця проживання, періодично з'являтися на реєстрацію до кримінально-виконавчої інспекції, без дозволу криміналь-

© Марисюк К., 2011

но-виконавчої інспекції за власним бажанням звільняться з роботи та виїжджати за межі України.

Усвідомлюючи значну декларативність частини з них, все ж не до кінця об'єктивною можна вважати думку В. Пєтрашева, який вважає, що "сьогодні законодавець практично не встановлює ніяких правообмежень для засудженого до виправних робіт. Те, що засуджений не може звільнитись з роботи за власним бажанням, то це обмеження видається не більш ніж надуманим в умовах постійного скорочення кількості робочих місць".

Відтак, підсумовуючи викладене вище, вважаємо, що покарання у виді виправних робіт містить у собі як елементи майнового, так і особистого правообмеження. Саме тому, на нашу думку, повною мірою віднести зазначений вище вид покарання до майнових буде помилкою і значним звуженням його суті та мети застосування.

ВИНА У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОМУ СТ. 178 «ПОШКОДЖЕННЯ РЕЛІГІЙНИХ СПОРУД ЧИ КУЛЬТОВИХ БУДИНКІВ» КК УКРАЇНИ

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасній кримінально-правовій літературі досі спірним залишається питання про форму вини, якою характеризується склад злочину, передбачений ст. 178 «Пошкодження релігійних споруд чи культових будинкова» КК України: одні дослідники переконані, що відповідний злочин може бути вчинений лише умисно (зокрема, П.П. Андрушко, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова, М.І. Мельник), тоді як інші допускають можливість також необережного його вчинення (О.Ф. Бантишев, С.А. Кузьмін, М.І. Хавронюк).

На думку П.П. Андрушка « … пошкодження чи зруйнування релігійної споруди або культового будинку характеризується умисною формою вини, оскільки ст. 178 передбачена відповідальність не просто за знищення релігійних споруд чи культових будинків, а за їх зруйнування. Тим самим законодавець підкреслює умисний характер дій винного, а саме їх демонстративну спрямованість на руйнування споруди».

На наш погляд, наведений вченим аргумент є непереконливим. По-перше, терміном «зруйнування» у ст. 178 КК України позначений вид суспільно небезпечних наслідків, специфіка яких обумовлена характером шкоди, заподіяної предмету складу злочину – порушено фізичну цілісність, структуру релігійної споруди чи культового будинку. Якогось додаткового смислового навантаження, пов'язаного з психічним ставленням винного до вчиненого та його наслідків це поняття навряд чи може нести: надто сумнівною видається сама можливість використання законодавцем синонімів (знищення, зруйнування, руйнування тощо) з метою віддзеркалення у тексті КК України суб'єктивних ознак вчиненого. Адже для цього існує значно простіший та зрозуміліший спосіб – пряма вказівка у відповідній статті на форму вини.

Крім того, по-друге, наведений П.П. Андрушком аргумент стосується лише випадків зруйнування релігійної споруди, культового будинку. Як же тоді бути з їх пошкодженням, адже чинний КК України у ст. 196 передбачає відповідальність за необережне заподіяння цих наслідків ?

Можливо, є сенс говорити про необережну форму вини у складі злочину, передбаченому ст. 178 КК України ? Тим більше, що така точка зору достатньо поширена серед практичних працівників (згідно результатів проведеного нами опитування 41% працівників судових та правоохоронних органів вважають, що аналізований злочин може бути вчинений як умисно, так і з необережності).

Дійсно, у ст. 178 КК України відсутня пряма вказівка на форму вини як це зроблено у інших статтях, пов'язаних із знищенням, руйнуванням чи пошкодженням певних об'єктів матеріального світу (зокрема, ст. 277, ст. 298, ст. 347 КК України). Однак, навряд чи цього достатньо для висновку про можливість кваліфікації за згаданою статтею випадків необережного зруйнування або пошкодження релігійної споруди чи культового будинку. Підстав для цього є, щонайменше, дві.

Першу з них помітила С.Я. Лихова, зазначивши, що « … законодавець, вживаючи у диспозиції ст. 178 КК України термін «пошкодження» чи «зруйнування», передбачає наявність усвідомлення винним спрямованості своїх дій на руйнування (знищення) не будь-якого майна, а саме майна релігійної організації». Тут дослідниця акцентує увагу на специфічних ознаках предмету складу злочину, необхідність усвідомлення характеру та соціального значення яких несумісні з необережною формою вини; підтримуючи у цьому автора, спробуємо роз'яснити власну позицію детальніше.

У теорії кримінального права доведеною вважається точку зору, відповідно до якої передбачення суспільно небезпечних наслідків при умислі носить конкретний характер, суб'єкт завжди передбачає неминучість (прямий умисел) або ж реальну можливість (прямий або не-

© Маркін В., 2011

прямий умисел) настання визначених наслідків. Ще Б.С. Утєвський, вивчаючи різноманітність проявів відношення винного до наслідків в умисних злочинах, наголошував: «Він може бажати їх, бачити у них мету своєї злочинної поведінки … , може не бажати їх і навіть відноситься до них різко негативно … , але не передбачити їх при умислі, не уявляти їх собі у тій чи іншій формі він не може».

Повертаючись до диспозиції ст. 178 КК України, ми переконуємося, що тут законодавець встановлює відповідальність за злочинні посягання щодо предметів складу злочину, які наділені специфічною, не завжди очевидною ознакою – вони спеціально призначені для задоволення релігійних (духовних) потреб людей. Таким чином, інтелектуальною ознакою вини у досліджуваному складі злочину характер суспільно небезпечних наслідків повинен охоплюватися повністю, тобто, винний повинен чітко передбачати, що внаслідок його діянь буде зруйновано, пошкоджено не просто певна будівля чи споруда, а матеріальний об'єкт, який виконує особливу соціальну функцію.

Співставлення викладених положень дає можливість зробити висновок: аналізована стаття ніби «розрахована» на випадки умисного зруйнування, пошкодження релігійних споруд або культових будинків, коли винний повною мірою усвідомлює соціальні ознаки предмета складу злочину. Інакше, існування ст. 178 поряд із ст. 194 КК України, якою передбачена відповідальність за знищення чи пошкодження будь-якого майна стає алогічним, позбавленим практичного сенсу.

Друга із згаданих підстав прямо випливає із системного тлумачення положень чинного КК України та обумовлена, зокрема, особливістю співвідношення ст. 178 КК України та статей, які передбачають кримінальну відповідальність за знищення чи пошкодження чужого майна – ст. 194 та ст. 196 КК України. Пояснимо нашу точку зору.

Відомо, що у ч. 1 ст. 194 КК України передбачено відповідальність за умисне знищення чи пошкодження чужого майна, яке заподіяло шкоду у великих розмірах, а єдиним обов'язковим об'єктом (основним безпосереднім) тут виступає право власності. Тобто, законодавець стоїть на однозначній позиції: якщо злочин вчинений умисно, то відповідальність настає незалежно від того, зазнали чи не зазнали внаслідок цього істотної шкоди інші, більш цінні правові блага; суспільну небезпеку злочину визначає фактор умисності посягання на право власності.

Відмінна ситуація відображена у ст. 196 КК України – згідно її диспозиції, необережне знищення або пошкодження чужого майна визнається кримінально-караним лише за умови, якщо це спричинило тяжкі тілесні ушкодження або загибель людей. Іншими словами, необережне знищення чи пошкодження майна, внаслідок якого не зазнали істотної шкоди право на життя, право на здоров'я законодавець узагалі не визнає суспільно небезпечним.

Так от, ідучи від зворотного, припустимо можливість необережного вчинення злочину, передбаченого ст. 178 КК України. Що тоді виходить? А виходить те, що у чинному КК України законодавець надає приблизно однакової соціальної ваги, суспільної значимості, з одного боку, праву людини на життя та здоров'я і, з іншого боку, свободі віросповідання (наголосимо, санкції ст. 178 та ст. 196 КК України близькі за розмірами та видами покарань). Фігурально висловлюючись, тут можна змоделювати своєрідну «заміну» безпосередніх об'єктів – свободи віросповідання у ст. 178 КК України та права на життя та здоров'я, про яке йдеться у ст. 196 КК України.

Неприпустимість подібних ситуацій очевидна, адже аналіз КК України не залишає сумнівів у тому, що рівень суспільної безпеки посягань щодо права людини на життя та здоров'я куди вищий рівня посягань щодо свободи віросповідання. Логічнішим, з урахуванням наведеного, є зворотний висновок: злочин, передбачений ст. 178 КК України може бути вчиненим лише умисно.

ПРАВОВА ПРИРОДА СУКУПНОСТІ ВИРОКІВ: ПОНЯТТЯ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ.

Мартинишин Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

На сучасному етапі розвитку кримінально-правової науки правова природа сукупності вироків залишилась практично недослідженою, оскільки розглядалась, переважно, в контексті проблем призначення покарання. Вивченню правової природи сукупності вироків приділяли увагу: А.А. Ахобеков, М.І. Бажанов, Є.Ю. Жинкіна, Ю.А. Красіков, Н.М. Крупская, В.П. Малков, Ю.Е. Пудовочкін, С.Г. Співак, Н.А. Стручков, М.Т. Тащілін, В.М. Урчуков, Т.Г. Черненко, Т.Г. Чернова, Ю.Н. Юшков та інші.

Віддаючи належне напрацюванням науковців у вказаному напрямі, потрібно зазначити, що правова природа даного явища залишилась недостатньо дослідженою оскільки, увага науковців в основному була звернена на з'ясування порядку призначення покарання за сукупністю вироків. В кримінально-правовій доктрині на сьогодні так і не визначено комплексного розуміння правової природи сукупності вироків і місце цього явища у системі кримінального права України.

З огляду на вищенаведене вважаємо за необхідне з'ясувати правову природу даного явища.

На наш погляд, правову природу сукупності вироків необхідно аналізувати через призму множинності злочинів. В науці кримінального права пропонуються різні підходи до визначення поняття множинності злочинів.

Так, Ю.А. Красіков під поняттям множинності злочинів розуміє випадки, коли винна особа одним або декількома послідовно вчиненими діяннями вчиняє декілька складів злочинів.

Кругліков Л.Л. поняття множинності злочинів визначає як вчинення особою декількох правопорушень, кожне яких оцінюється кримінальним законодавством як самостійний злочин. Аналогічної позиції щодо визначення поняття множинності злочинів притримується В.М.Кудрявцев, Е.А. Фролов та Р.Р. Геліакбаров.

М.І. Бажанов вважає, що множинність злочинів має місце там, де однією особою або співучасниками вчинено два або більше злочинних діянь, кожне з яких утворює самостійний склад злочину. На думку В.І. Пінчука, під множинністю злочинів слід розуміти вчинення однією особою двох або більше злочинів, кожен з яких являє собою окремий склад злочину, за умови, що особу, котра їх вчинила, не було в установленному законом порядку звільнено від кримінальної відповідальності.

Кузнецов В.В., Ватилецька І. А., Плугатир В.С. та Батичко В.Т., множинність злочинів визначають як вчинення особою двох або більшої кількості суспільно небезпечних діянь, кожне з яких утворює ознаки самостійного складу злочину. Черненко Т.Г. та Чучаєв А.І. наводять таке визначення множинності: «Множинність злочинів – це наявність вчинених однією особою двох або більше злочинів, які зберігають своє кримінально-правове значення».

Гаухман Л.Д., Колодкін Л.М. та Максімов С.В. під поняттям множинності злочинів розуміють вчинення однією і тією ж особою декількох одиничних злочинів, принаймні два з яких зберігають своє кримінально-правове значення для кваліфікації будь-якого із них або для призначення покарання за них. Курінов Б.А., Леонтьєв Б.М. та Тяжкова І.М. вважають, що поняттям множинності злочинів охоплюються випадки вчинення особою двох або більше злочинів за які не погашена судимість і не пройшли строки кримінального переслідування.

Прохоров Л.А., Прохорова М.Л. виділяють наступні ознаки множинності злочинів: а) кожне з правопорушень, що входять в множинність, повинно бути лише злочином (адміністративні, дисциплінарні та інші правопорушення, які супроводжують вчинений злочин, множинності не утворюють); б) кожен злочин повинен бути встановлений судом і закріплений у

© Мартинишин Г., 2011

вироку суду; в) особа не повинна бути звільнена від кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин або судимість не повинна бути знята чи погашена.

Малков В.П. поняття множинності злочинів визначає як випадки вчинення особою двох або більше злочинів незалежно від того підлягала особа засудженню чи ні, якщо при цьому хоча б по двох із них не погашені юридичні наслідки або відсутні процесуальні перепони для кримінального переслідування. Згодом В.П. Малков в більш пізній своїй роботі множинність злочинів характеризує як випадки вчинення однією і тією ж особою (групою осіб) одним або декількома діяннями послідовно двох або більше злочинів, за жоден із яких не погашені (не анульовані) кримінально-правові наслідки або відсутні кримінально-процесуальні перепони для кримінального переслідування.

На думку І.О. Зінченка та В.І. Тютюгіна, під множинністю злочинів слід розуміти вчинення особою самостійно (або у співучасті) двох чи більше злочинних діянь, кожне з яких передбачене в Особливій частині КК як самостійний склад злочину, за умови, що кожне з цих діянь не втратило кримінально-правового значення і є відсутніми правові перешкоди для здійснення кримінального судочинства.

Проаналізувавши різноманітні підходи до визначення поняття множинності, які пропонуються в науковій літературі, приходимо до висновку, що можна виділити такі групи ознак, які характеризуть множинність як явище:

- ✓ ті, що впливають на кваліфікацію;
- ✓ ті, що мають значення для встановлення суспільної небезпечності вчиненого злочину, а також і самої особи;
- ✓ ті, що впливають на призначення покарання;

Зосередимо нашу увагу на ознаках множинності, що впливають на призначення покарання:

- ✓ вчинення особою, принаймні, двох злочинів, які зберігають своє кримінально-правове значення на момент їх вчинення;
- ✓ вирішення питання про кримінальну відповідальність особи, котра їх вчинила:

а) особу ще не було притягнено до кримінальної відповідальності за жоден із них;

б) особу було звільнено від кримінальної відповідальності за ці злочини в порядку ст.ст.47, 97 КК України;

в) особу притягнено за ці злочини до кримінальної відповідальності, але звільнено від покарання з випробуванням в порядку ст.ст.75, 79, 104 КК України;

г) застосування до неповнолітнього примусових заходів виховного характеру;

д) особі було призначено покарання, яке вона повинна реально відбути.

Різновидами призначення покарання особі, яке вона повинна реально відбути є:

- ✓ призначення покарання за один із злочинів, що входять в множинність;
- ✓ призначення покарання за сукупністю злочинів;
- ✓ призначення покарання за сукупністю вироків.

З огляду на вищенаведене, приходимо до висновку, що призначення покарання за сукупністю вироків за своєю правовою природою є одним із різновидів наслідків, які можуть наставати при множинності злочинів. Відповідно, правила призначення покарання за сукупністю вироків, які закріплені у ст.71 КК України є нічим іншим, як спеціальними правилами призначення покарання при множинності злочинів.

Підсумовуючи вищенаведене, хотіли б зазначити, що з'ясування правової природи сукупності вироків має важливе значення, оскільки дозволяє вирішити до сьогодні дискусійне питання розмежування сукупності вироків та сукупності злочинів, а також визначити місце цього явища у системі кримінального права України. Більше того, оскільки ми дійшли висновку, що правила, які закріплені у ст.71 КК України є спеціальними правилами призначення покарання при множинності злочинів, то вказане дозволяє запропонуввти змінити усталений підхід до визначення порядку призначеня покарання за сукупністю вироків та в такий спосіб провести, наскільки це можливо, диференціацію кримінальної відповідальності особи за вчинення нового злочину після постановлення вироку.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПОМИЛКИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ

Мелих Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

При дослідженні того чи іншого правового явища слід, передусім, з'ясувати питання про його місце та роль у системі відповідної галузі права. Цей процес передбачає визначення його родової та видової приналежності, проведення співвідношення з суміжними явищами та ряд інших не менш важливих операцій. До того ж, розуміння правової природи певного кримінально-правового явища дозволяє провести його класифікацію. Однак, без з'ясування юридичної природи конкретного поняття, неможливо правильно здійснити таку роботу. Що стосується правозастосовної діяльності, то чітке розуміння правової природи того чи іншого поняття сприяє правильній кваліфікації, призначенню покарання та вирішенню інших кримінально-правових питань, які виникають внаслідок вчинення суспільно-небезпечного діяння. Таким чином, з'ясування правової природи понять, якими оперує юридична наука, має важливе теоретичне та практичне значення.

Коли йдеться про інститут помилки за кримінальним правом, питання про визначення її правової природи постає особливо гостро. Адже, на відміну від абсолютної більшості інших кримінально-правових інститутів, вона досі не знайшла свого закріплення у тексті Кримінального кодексу України (далі – КК України). Така ситуація змушує нас говорити про помилку не як про інститут галузі кримінального права, а як про інститут науки кримінального права. А в науці існують різні погляди на роль та місце помилки за кримінальним правом.

Однак, перш ніж перейти до аналізу існуючих у науці кримінального права підходів, слід зауважити, що розглядати питання правової природи будь-якого явища досить важко та не зовсім коректно без урахування усіх інших його специфічних ознак. Стосовно помилки, то йдеться, насамперед, про її психологічну природу: механізм виникнення, характер впливу на поведінку особи та способи запобігання їхньому виникненню. Проте, обсяг цього дослідження не дозволяє навіть побіжно зайнятися висвітленням психологічної сторони помилки. Це може бути здійснено в рамках більш повного та ґрунтовного дослідження.

Однак, для цілей цього дослідження, все ж таки, важливо навести перелік конститутивних ознак помилки, які визначають її юридичну природу. Відповідно до однієї з позицій, запропонованих у спеціальній літературі російським дослідником О.Б. Лисюткіним, до таких ознак помилки належать наступні:

1) помилка – це ненавмисна неточність, обумовлена нездатністю свідомості передбачити настання негативного результату;

2) помилка має подвійну об'єктивно-суб'єктивну природу – вона є формою виразу суперечностей між дійсністю і її суб'єктивним сприйняттям;

3) помилка за своєю суттю завжди є «об'єктивно-протиправним» явищем, оскільки вона не відповідає суспільно корисній меті і перешкоджає досягненню позитивного результату;

4) помилка може призвести до виникнення, зміни або припинення правовідносин;

5) помилка – негативна подія, яка сприяє формуванню умов для настання негативних наслідків для тих чи інших учасників суспільних відносин.

З позицією О.Б. Лисюткіна можна не погоджуватися, звужуючи, розширюючи або навіть змінюючи перелік наведених ним ознак помилки. Однак, ця позиція цілком спроможна стати ключем для визначення правової природи помилки за кримінальним правом.

Що стосується існуючих у науці кримінального права підходів щодо розуміння юридичної природи помилки за кримінальним правом, то на підставі аналізу спеціальної літератури і кримінального законодавства України та інших держав можна виокремити такі з них:

1. помилка як одна з обставин, які виключають злочинність діяння;

2. помилка як одна з обставин, які пом'якшують покарання за вчинений злочин;

3. помилка як одна з причин неосудності;

© Мелих Б., 2011

4. помилка як складова частина кримінально-правового інституту суб'єктивної сторони складу злочину.

Перший підхід найбільш яскраво проявляється у кримінальному законодавстві держав, які належать до англо-американської системи права (Великобританія (за винятком Шотландії), більшість штатів США, Австралія, більшість колишніх колоній Великобританії). Для нього притаманне закріплення норми про помилку серед норм, присвячених необхідній обороні, крайній необхідності та іншим обставинам, які виключають злочинність діяння. Що стосується країн континентальної правової сім'ї, то сьогодні цей підхід є притаманний, зокрема, для Франції (ст. 122-3 КК Франції 1992 р.).

Другий підхід, який багато в чому схожий на перший, можна прослідкувати у кримінальному законодавстві окремих держав, незалежно від їхньої належності до певної з правових систем (Австрія, Японія та ін.). Як і попередній підхід, він акцентує увагу на одному з проявів впливу помилки суб'єкта злочину на його відповідальність. Мова йде про ті випадки, коли помилка, хоча і знижує суспільну небезпеку скоєного, все ж не виключає відповідальності за нього. Положення ч. 2 ст. 66 КК України, де зазначено, що при призначенні покарання суд може визнати такими, що його пом'якшують, обставини, не зазначені у ч. 1 цієї статті, дозволяє припустити, що чинне кримінальне законодавство України допускає можливість визнання помилки обставиною, яка пом'якшує покарання.

Третій підхід представлений позицією низки вчених-криміналістів, зокрема В.М. Бурдіна, який, не заперечуючи основ того розуміння помилки, яке є домінуючим у вітчизняній науковій літературі, вважає, що вона має ще одне важливе кримінально-правове значення. Мається на увазі вплив помилки на неосудність особи та віднесення її до причин останньої. Принагідно зауважимо, що тут мова йде про такі помилки (як фактичні, так і юридичні), які повністю усувають вину особи. Як стверджує автор, «якщо особа не могла усвідомлювати свої діяння чи передбачати наслідки цих діянь, передбачених в Особливій частині КК України, або керувати ними, то така особа повинна визнаватися неосудною».

Помилка особи стосовно фактичних обставин вчинюваного нею діяння та його наслідків, які впливають на їхню суспільну небезпечність, в окремих випадках може обумовлювати виключення інтелектуальної ознаки осудності. Тобто, коли особа внаслідок неправильного сприйняття фактичних обставин не могла усвідомлювати суспільну небезпеку вчинюваного нею діяння та його наслідків, які передбачені в Особливій частині КК України, така особа повинна визнаватися неосудною у зв'язку із відсутністю інтелектуальної ознаки осудності.

Вчений підсумовує, що неправильне розуміння фактичних обставин справи в окремих випадках може виключати можливість особи усвідомлювати суспільну небезпеку вчинюваного діяння та його наслідків. Неправильне ж розуміння юридичних ознак вчинюваного може в окремих випадках виключати можливість особи усвідомлювати кримінальну протиправність діяння та його наслідків, передбачених в Особливій частині КК України. Отже, і юридична, і фактична помилки можуть бути причинами неосудності особи.

Подібної позиції дотримувався відомий польський криміналіст XIX ст. С. Будзінський (S. Budziński). Однак, він розрізняє дві групи обставин, які призводять до неосудності: ті, що зумовлені внутрішньо притаманними особі причинами (малолітство, хворобливі стани, стан сп'яніння тощо), та ті, що зумовлені зовнішніми причинами (помилка та примус). Вчений зазначає, що в такому разі особа діє без усвідомлення (помилка) або ж без належної свободи волі (примус), а, отже, між волею або передбаченням, з однієї сторони, та суспільно небезпечними наслідками, з другої сторони, відсутній необхідний причинно-наслідковий зв'язок.

Нарешті останній, *четвертий*, підхід є притаманний для континентальної правової системи та пануючим у вітчизняній криміналістичній літературі. Він відповідає як домінуючій у вітчизняній науці кримінального права концепції складу злочину, так і іншим теоретичним системам, в основу яких покладений поділ діяння на об'єктивні (фізичні) та суб'єктивні (ментальні) складові. Відповідно до цього підходу помилка розглядається як одна зі складових частин інституту суб'єктивної сторони складу злочину.

Що стосується визначення місця помилки серед інших частин інституту суб'єктивної сторони складу злочину, то, на жаль, більшість сучасних дослідників, зокрема авторів підручників із загальної частини кримінального права, оминають це питання своєю увагою. У струк-

турі відповідних розділів їхніх робіт помилка, як правило, займає місце після усіх ознак суб'єктивної сторони, поряд із випадком (казусом) та, інколи, відхиленням дії. Змістовно ж ці автори обмежуються, переважно, визначенням, класифікацією та ілюстрацією прикладів тих помилок, які найбільш часто трапляються у слідчій та судовій практиці.

Водночас, дослідження цього питання є вкрай важливим для з'ясування юридичної природи помилки за кримінальним правом.

Тому для нас становлять певний інтерес більш ранні праці з кримінального права, датовані XIX – початком XX століть. У них помилка розглядалася в контексті умисної форми вини. Тогочасні автори акцентували увагу на тому, що помилка присутня тоді, коли відбувається деформація в інтелектуальному елементі умислу. Вони зазначали, що коли особа усвідомлює значення своєї дії чи бездіяльності, то її діяння є умисним. Якщо ж особа не усвідомлює юридично значущих ознак свого діяння (під впливом, очевидно, незнання або помилки – *Б.М.*), то можна вести мову або про необережну форму вини, або ж про випадок (казус), що має своїм наслідком визнання особи неосудною. Що стосується питання про співвідношення помилки з випадком (казусом) та необережною формою вини, то слід зазначити, що вони є досить широким і дискусійним та потребують окремого ґрунтовного дослідження.

Можна стверджувати, що зазначене розуміння помилки не втратило своєї актуальності і в наш час та спроможне суттєво допомогти при дослідженні цього інституту.

Підсумовуючи все вищесказане, хотілося б зазначити, що у кримінально-правовій літературі існує чимало підходів щодо розуміння юридичної природи помилки за кримінальним правом. Однак, як видається, з-поміж усіх них розуміння помилки як складової частини інституту суб'єктивної сторони є найбільш прийнятним для вітчизняної правової системи. Безсумнівною його перевагою над іншими підходами є те, що помилка розглядається як одна із загальних психічних складових діяння, до яких відносяться вина, мотив, мета та емоційні стани. Відносячи ж помилку до обставин, які виключають злочинність діяння, обставин, які пом'якшують покарання за вчинений злочин чи до будь-якого іншого інституту Загальної частини, ми зосереджуємо увагу лише на окремих проявах цього інституту. Помилка ж виступає невід'ємною частиною психічного сприйняття дійсності особою в момент вчинення суспільно-небезпечного діяння. Вона може по-різному впливати на кримінальну відповідальність особи: як повністю виключати вину (казус), так і не впливати на кримінальну відповідальність особи, наприклад, у разі незнання норми кримінального закону.

Ще одним аргументом на користь четвертого підходу може послужити те, що акцентування уваги на окремих проявах помилки за кримінальним правом без урахування її загальногалузевого значення, може призвести до зайвої казуїстичності у побудові норм Загальної частини кримінального законодавства.

З огляду на вищезазначене видається, що найбільш доцільно розглядати помилку саме в контексті суб'єктивної сторони складу злочину.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ ЗАЗДАЛЕГІДЬ НЕОБІЦЯНОГО ПРИХОВУВАННЯ ВІД СПІВУЧАСТІ У ЗЛОЧИНІ

Остапик Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У юридичній літературі, а також у практиці правоохоронних органів непоодинокою є проблема розмежування співучасті у злочині та заздалегідь необіцяного приховування злочину

Так, заздалегідь обіцяним пропонують вважати приховування в тому разі, коли особа систематично приховує предмети, здобуті злочинним шляхом і злочинець в такому випадку розраховує, що кожного разу злочин буде приховано. У юридичній літературі зокрема вказується, що особа, яка хоча заздалегідь і не обіцяла приховування, але своєю поведінкою, наприклад систематичним вчиненням аналогічних дій давав злочинцю привід розраховувати на подібне сприяння, повинна нести відповідальність, як співучасник злочину Серед мотивів наводиться також те, що в таких випадках злочинець діє з реальною надією на наступне приховування, оскільки саме після другого приховування сподівання особи, яка вчинила основний злочин і може сподіватись на наступне приховування можна вважати остаточно закріпленим.

Перш за все, на нашу думку, не може існувати два і більше приховування одного злочину, оскільки ніхто не може бути двічі покараний за одне й те ж діяння. Цю ж думку підкреслює вчені-криміналісти вказуючи, що подвійна відповідальність за причетність до злочину не має підстав.

Приховування злочину може полягати лише в одній дії, наприклад - приховуванні злочинця, а може складати комплекс дій: знищення слідів злочину, переховування злочинця, переховування знарядь злочину тощо. І не матиме значення, в якій послідовності (одночасно, чи поступово з певним проміжком часу) після вчинення основного злочину виникав умисел на переховування чи знищення певних об’єктів, всі ці дії об’єднані однією метою – приховати один злочин, а отже і відповідальність повинна наставати, як за один злочин. У зв’язку з цим, ми не можемо погодитись, що тричі приховавши злочинця, який вчинив один злочин, особа вчиняє систематичне приховування злочину.

Крім того, нам видається не зовсім обгрунтованою позиція визнавати заздалегідь необіцяне приховування злочину, вчинене систематично, співучастю у злочині.

Така позиція, на нашу думку, склалась під впливом практики правоохоронних органів визнавати співучастю у злочині вчинене систематично заздалегідь необіцяне придбання та збут майна, отриманого злочинним шляхом. Проте поширювати практику, яка склалась щодо систематичного придбання та збуту на заздалегідь необіцяне приховування злочину є не зовсім послідовним в силу наступних обставин.

У юридичній літературі панує склалась думка, що систематичну вторинну злочинну діяльність (під вторинною злочинною діяльністю автор розуміє і причетність до злочину) не у всіх випадках слід визнавати пособництвом, це допустимо лише щодо злочинів, однорідних з основним злочином, при наявності інших (крім систематичності) доказів мовчазної згоди на спільну злочинну діяльність (схвалення попередньої злочинної поведінки, отримання плати за „послуги ”у розмірі долі від злочинно добутого

Натомість особа, яка придбаває, збуває чи зберігає майно, отримане злочинним шляхом, має свій чітко виражений стійкий майновий інтерес, на який розраховує злочинець. Така особа зацікавлена у вчиненні ще одного злочину, в результаті якого буде отримане майно, оскільки це передбачає задоволення її майнових інтересів, її інтерес ніби об’єднується зі інтересом злочинця, на відміну від приховувача, інтерес якого, навіть якщо вчинений систематично, не об’єднується з інтересом виконавця основного злочину.

Крім того, інтерес приховувача формується в більшості випадків не на матеріальній основі, не є стійким, а відповідно не дозволяє злочинцю з великою ймовірністю сподіватись на

© Остапик Я., 2011

приховування. Суспільна небезпека збуту є сталою, приховування ж залежить від важкості основного злочину.

Придбання та збут майна, отриманого злочинним шляхом – це завжди злочин проти власності, тому при вчиненні трьох і більше таких злочинів, ми можемо говорити про певну послідовну систему, про систематичність. Натомість приховування злочину може бути вчинено щодо різних злочинів, щодо різних об'єктів та суб'єктів та з різних спонукань почуття солідарності, жалості, збереження сім'ї, то чи можна говорити про систематичність, якщо всі елементи злочину є різними. У зв'язку з цим, ми не вважаємо за доцільне кваліфікувати заздалегідь необіцяне приховування злочину, вчинене систематично, співучастю у злочині.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Аналізуючи склади окремих злочинів, що містяться у розділі XVIII Кримінального кодексу України, можна дійти висновку про те, що відповідні норми кримінального закону потребують вдосконалення.

Зокрема, якщо проаналізувати ознаки злочину, передбаченого ст. 371 КК України «Завідомо незаконні затримання, привід, арешт або тримання під вартою», у диспозиції частини другої цієї статті зазначено: «Завідомо незаконні арешт або тримання під вартою». У зв'язку з цим виникає запитання, про який арешт йдеться в даному випадку. Поняття «арешт» використовується в Кримінальному кодексі України як вид покарання (ст. 60 КК України), в Кодексі України про адміністративні правопорушення - адміністративний арешт як вид адміністративного стягнення (ст. 32 КпАП України). Арешт як вид кримінального покарання, а також адміністративний арешт як вид адміністративного стягнення можуть призначатися лише судом. Так, відповідно до ст. 32 КпАП України адміністративний арешт призначається районним, районним у місті, міським чи міськрайонним судом (суддею). Запобіжний захід у виді взяття під варту також застосовується судом. Тоді як затримання особи відповідно до ст. 106 КПК України, застосовує орган дізнання, привід обвинуваченого відповідно до ст. 136 КПК України здійснюється органами внутрішніх справ та Військовою службою правопорядку у Збройних Силах України (щодо військовослужбовців та працівників Збройних Сил України) за мотивованою постановою слідчого. Діянням, що посягають безпосередньо на відносини щодо здійснення правосуддя, присвячена окрема стаття 375 КК України. У зв'язку з викладеним вище виникає запитання: чи доцільно в даному випадку у статті 371 КК України передбачати кримінальну відповідальність за завідомо незаконний арешт, якщо у ст. 375 КК України передбачено кримінальну відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови. Це діяння охоплює собою і постановлення завідомо неправосудного вироку до будь-якого виду покарання, - не лише арешту, а також завідомо неправосудної постанови про накладення адміністративного стягнення у виді адміністративного арешту. Як видається, законодавець, описуючи злочинні діяння у ст. 371 КК України, мав на меті поставити під охорону суспільні відносини, що забезпечують процесуальну діяльність на стадії досудового розслідування. Тому, враховуючи зазначене вище, видається недоцільним у ч. 2 ст. 371 КК України передбачати норму, яка передбачає кримінальну відповідальність за завідомо незаконний арешт. Ще один варіант, чому саме ч. 2 ст. 371 КК України сформульована таким чином, це те, що у ній неправильно використано термінологію, зокрема, не узгоджено її з КПК України, де такого запобіжного заходу як арешт не передбачено.

У статті 374 КК України «Порушення права на захист» зазначено: «Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, підсудного на захист, вчинене особою, яка провадить дізнання, слідчим, прокурором або суддею». Зважаючи на суспільні відносини, що є родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом XVIII Кримінального кодексу України, а саме – це встановлений порядок судочинства та виконання судових рішень, - в даній статті доцільно було б передбачити і охорону суспільних відносин, що забезпечують право на захист особі і під час виконання вироку. Адже під час виконання вироку нерідко вирішуються такі питання, що потребують здійснення засудженим свого права на захист, зокрема, на стадії касаційного провадження, пов'язані з переглядом судових рішень за нововиявленими обставинами, при вирішенні питань, пов'язаних з виконанням вироку. Відповідно до ч.1 ст. 44 КПК України захисником є особа, яка в порядку, встановленому законом, уповноважена здійснювати захист прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, *засудженого*, виправданого та надання їм необхідної допомоги при провадженні у кримінальній справі. Отже, в даному випадку у ст. 374 КК України

© Палюх Л., 2011

не враховано ще одну групу потерпілих, правам та законним інтересам яких може бути заподіяна істотна шкода внаслідок порушення права на захист, - це засуджені. Також слід зауважити, що у зв'язку з цим доцільно передбачити у відповідній статті і суб'єктів можливого порушення права на захист засуджених.

Відповідно до ч. 2 ст. 8 Кримінально-виконавчого кодексу України засудженому гарантується право на правову допомогу. Для одержання правової допомоги засуджені можуть користуватися послугами адвокатів або інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Особливо актуальним є забезпечення здійснення цього права щодо засуджених, які відбувають покарання, пов'язані з ізоляцією. З цього приводу у ч. 3 ст. 51 КВК України зазначено, що засудженим до покарання у виді арешту забороняється побачення з родичами та іншими особами, за винятком адвокатів та інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи. Відповідно до ч. 5 ст. 73 КВК України для одержання правової допомоги засудженим військовослужбовцям, засудженим до покарання у виді тримання в дисциплінарному батальйоні, можуть надаватися побачення з адвокатом або іншим фахівцем у галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, наодинці. Таке побачення не може бути обмежене в часі. Відповідно до ч. 3 ст. 110 КВК України для одержання правової допомоги за письмовою заявою засуджених, їхніх близьких родичів, громадських організацій, засудженим надається побачення з адвокатом або іншим фахівцем у галузі права. За бажанням засудженого або адвоката чи іншого фахівця в галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, побачення можуть надаватися наодинці. Кількість і тривалість таких побачень не обмежена.

Таким чином, слід зауважити, що у значній мірі реалізація засудженим до покарань, пов'язаних з ізоляцією, свого права на захист, залежить від посадових осіб установ виконання покарань, слідчих ізоляторів. Водночас реальне здійснення цього права вже після постановлення вироку суду щодо нього і під час відбування засудженим покарання може мати суттєве значення для його прав та законних інтересів. Дані з щорічної доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за 2006-2007 роки засвідчили, що у 2006 році кількість звернень осіб, що трималися у слідчих ізоляторах та засуджених, які відбували покарання у виді позбавлення волі щодо порушення їх права на отримання правової допомоги, складала 189 (2,9% від загальної кількості звернень), у 2007 році – 99 (1,6% від загальної кількості звернень).

У зв'язку з викладеним вище видається доцільним розширити коло суб'єктів злочину, що зазначені у ч. 1 ст. 374 КК України, включивши до нього посадових осіб установ виконання покарань, слідчих ізоляторів. До кола потерпілих від злочину, що названі в диспозиції цієї статті, варто, як видається, включити засуджених.

Інше питання, що стосується злочинів проти правосуддя, пов'язане з тим, що деякими українськими науковцями в галузі кримінального права обґрунтовано звертається увага на те, що низка злочинів, що посягають на діяльність органів дізнання, досудового слідства, розміщені в розділі XV КК України «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян». Зокрема, йдеться про такі злочини як опір працівникові правоохоронного органу під час виконання ним службових обов'язків (ч. 2 ст. 342 КК України), втручання в діяльність працівника правоохоронного органу (ст. 343 КК України), погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК України), умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу (ст.347 КК України), посягання на життя працівника правоохоронного органу (ст. 348 КК України), захоплення працівника правоохоронного органу як заручника (ст. 349 КК України). Водночас аналогічні посягання на суддів, народних засідателів і присяжних розміщені в розділі «Злочини проти правосуддя» (ст.ст. 376, 377, 378, 379 КК України). З цього приводу зокрема, П. Кравцов, В. Мульченко відзначають, що у чинному КК України має місце невизначеність щодо працівників правоохоронних органів, чия діяльність знаходиться у сфері виконання завдань правосуддя. Злочини щодо зазначених осіб у зв'язку з діяльністю із забезпечення виконання завдань правосуддя залишилися за межами розділу XVIII «Злочини проти правосуддя», і від-

несені до злочинів проти органів державної влади, що посягають на їх авторитет, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян, і знаходяться у розділі XV (ст.ст. 343, 345, 347 КК України). Автори відзначають, що цю проблему можна було б вирішити відповідним доповненням до норм розділу XVIII КК України. Наприклад, ст. 377 назвати «Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя, присяжного, працівника правоохоронного органу або пенітенціарної системи у зв'язку з їх діяльністю у сфері правосуддя». С.В. Логін з цього приводу зазначає, що включати правоохоронців у ст. 368 розділу XVIII КК України «Злочини проти правосуддя» недоцільно, оскільки з-під захисту закону випаде правоохоронна діяльність та інші їх функції, що виходять за межі здійснення правосуддя. Якщо захист правоохоронців залишити і у розділі XV, і вносити у розділ XVIII КК, то порушується принцип мовної економії. Водночас, як зазначає автор, захист працівників правоохоронних органів, передбачений у розділі XV КК України, розповсюджується і на виконання ними функцій правосуддя.

Щодо цих позицій слід зауважити таке. Пропозиція П. Кравцова, В. Мульченка щодо формулювання назви статті 377 КК України, як видається, потребує вдосконалення. Зокрема, працівник пенітенціарної системи не виконує функцій у сфері правосуддя, - він бере участь у реалізації результатів правосуддя – виконання вироку суду. Крім того, слід зауважити, що поняття пенітенціарної системи на сьогодні в законодавстві не визначено. В даному випадку у цій статті було б доцільно вжити формулювання «посадова особа Державної кримінально-виконавчої служби України». Якщо змінити назву розділу XVIII КК України, сформулювавши її як «Злочини проти порядку судочинства та виконання судових рішень», що дало б змогу більш точно відобразити в ній коло суспільних відносин, що охороняються нормами цього розділу, в такому разі можна було б сформулювати назву ст. 377 КК України і відповідну диспозицію статті таким чином: «Погроза або насильство щодо судді, народного засідателя, присяжного, або посадової особи державної кримінально-виконавчої служби України у зв'язку з їх діяльністю у сфері судочинства та виконання судових рішень».

Щодо введення до кола потерпілих від цього злочину працівників правоохоронного органу, слід погодитися з позицією С.В. Логіна в тому, що за межами кримінально-правової охорони в такому разі залишилася б діяльність працівника правоохоронного органу, що не стосується правосуддя. Зокрема, працівник правоохоронного органу може сам у визначених законом випадках застосовувати до особи адміністративне стягнення, тобто в такому випадку його діяльність не пов'язана зі здійсненням правосуддя, судочинства. Це ж стосується у ряді випадків і діяльності працівника правоохоронного органу, пов'язаної з охороною громадського порядку.

РОЛЬ ПРИКІНЦЕВИХ ТА ПЕРЕХІДНИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ЙОГО ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ

Панчак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Як відомо, закон про кримінальну відповідальність є системним утворенням. При чому, у ньому, як кодифікованому нормативно-правовому акті, системні ознаки виражаються найповніше, зокрема він володіє високим рівнем цілісності. Всі елементи, що складають його структуру, взаємодіють між собою і взаємопов'язані системними (функціональними) зв'язками. Відповідно, врахування вказаних зв'язків, тобто ролі кожного із структурних елементів закону про кримінальну відповідальність, яку він відіграє в межах системи, допоможе краще зрозуміти істинний смисл цього закону та окремих його складових.

Структуру нині чинного КК України складають такі елементи: Загальна частина, Особлива частина і Прикінцеві та перехідні положення. Системні зв'язки між Загальною та Особливою частинами цього закону, що повинні враховуватися при його доктринальному тлумаченні, ми вже досліджували. Тому у цій науковій розвідці розглянемо роль Прикінцевих та перехідних положень закону про кримінальну відповідальність у правильному з'ясуванні його смислу.

Прикінцеві та перехідні положення КК України складаються з двох розділів. Ознайомлення з положеннями, що в них знаходяться, особливо в Розділі II, показує, що можливі декілька варіантів визначення їх ролі в межах закону про кримінальну відповідальність, а саме: як приписів, що містять правила вирішення темпоральних колізій; як приписів, що розкривають зміст окремих кримінально-правових понять; як приписів, що доповнюють окремі положення інших структурних частин КК України; як приписів, що містять винятки з інших положень КК України, тощо. Очевидно, що більшість із цих варіантів стосуються тлумачення закону про кримінальну відповідальність, а тому розглянемо їх більш детальніше. Зокрема, оскільки в ст. 5 КК України встановлені правила зворотної дії цього закону в часі, то виникає запитання: 1) чи можна вважати, що Розділ II Прикінцевих та перехідних положень розкриває зміст понять "закон про кримінальну відповідальність, який скасовує злочинність діяння" та "закон про кримінальну відповідальність, який пом'якшує кримінальну відповідальність" і, відповідно, встановлює вичерпний перелік випадків, коли КК України 2001 р. буде мати зворотну дію в часі; або постають інші проблеми: 2) чи можна статті Особливої частини КК України 2001 р. тлумачити у зв'язку з п.п. в п. 1 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень як такі, що не містять ознак діянь, що були передбачені у статтях КК України 1960 р., наведених в цьому підпункті (наприклад, ст.ст. 161, 171 (ст.ст. 134[1] "Переслідування громадян за критику", 126 "Образа" КК України 1960 р.), 197 (ст.ст. 147[2] "Злочинно-недбале використання або зберігання сільськогосподарської техніки", 147[3] "Злочинно-недбале зберігання зерна та насіння олійних культур" КК України 1960 р.), 203 (ст. 149 "Виготовлення спиртних напоїв і торгівля ними" КК України 1960 р.), 354 (ч. 2 ст. 155[2] "Одержання незаконної винагороди від громадян за виконання робіт, зв'язаних з обслуговуванням населення" КК України 1960 р.), 389 (ст. 183[2] "Невиконання вироку суду про позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю" КК України 1960 р.), ч. 2 ст. 307 (ст. 183[4] "Незаконна передача заборонених предметів особам, яких тримають у виправно-трудових установах, слідчих ізоляторах, лікувально-трудових і лікувально-виховних профілакторіях" КК України 1960 р.) і т.д.); або 3) чи можна вважати приписи, що містяться в п. 2 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень, такими, що доповнюють положення Загальної частини новими видами звільнення від покарання (наприклад, п.п. а, б, в п. 2; п. 8 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень); або 4) чи можна тлумачити ст. 5 КК України як таку, що може мати винятки у зв'язку із правилом, закріпленим у п. 8 Розділу II Прикінцевих та перехідних положень (наприклад, якщо у КК

© Панчак О., 2011

України 2001 р. за відповідний злочин не передбачені покарання у виді штрафу і конфіскації майна, але передбачені інші більш тяжкі покарання), тощо?

Видається, що дати відповідь на усі ці та інші запитання і, відповідно, визначити роль, яку Прикінцеві та перехідні положення відіграють в системі КК України, допоможе встановлення їх правової природи. Однак така не є визначена в чинних нормативно-правових актах, оскільки наразі жоден із проектів закону України про нормативно-правові акти ще не набув статусу закону. В таких ж проектах законів спостерігається одностайність щодо змісту прикінцевих положень, однак по-різному визначається зміст перехідних положень (Проекти О. В. Лавриновича; Р. М. Зварича). В науці кримінального права проблема правової природи Прикінцевих та перехідних положень КК України не є дослідженою. У працях теоретиків права нам також не вдалося знайти чіткого визначення правової природи таких положень. Так, в Юридичній енциклопедії (Т. 5) щодо Прикінцевих положень наводиться невичерпний перелік позицій, що, на думку авторів енциклопедії, "як правило" складають основний зміст Прикінцевих положень. Що ж до Перехідних положень, то навіть в цій же Енциклопедії (Т. 4) визначається природа лише таких положень Конституції. Тому, відштовхуючись від цих позицій, а також проаналізувавши прикінцеві та перехідні положення різних чинних законів та вимоги до них, що включені в проекти законів про нормативно-правові акти, ми прийшли до висновку про зміст таких положень. Відповідно, в Прикінцевих та перехідних положеннях нормативно-правових актів можуть міститися:

- ✓ приписи, які вирішують проблеми чинності відповідного акта в часі: момент набрання ним (чи окремими його складовими) чинності; напрямки його темпоральної дії; перелік актів, що втрачають чинність з його прийняттям, чи зміни, що вносяться до інших актів; доручення, пов'язані з набранням чинності цим актом;
- ✓ приписи, що забезпечують наступність між існуючими та новими інститутами, а також встановлюють зв'язки між правовими новелами та існуючими положеннями.

Звідси, вважаємо, що Прикінцеві та перехідні положення не можуть жодним чином (ні розкривати зміст понять, ні обмежувати, ні доповнювати, ні встановлювати винятки) впливати на смисл закону про кримінальну відповідальність, а, відповідно, враховуватися при його тлумаченні. Вони можуть лише допомагати вирішенню темпоральних колізій при застосуванні цього закону. Однак і цю роль, в силу наявності в Загальній частині загального темпорального колізійного припису (ст. 5 КК України), вони можуть здійснювати лише в частині, що йому не суперечить. А тому, слід погодитися із Шапченком С. Д., який вказував, що якщо окрема ситуація, пов'язана з питаннями чинності закону про кримінальну відповідальність у часі, прямо не передбачена в Розділі II Прикінцевих та перехідних положень, суд має вирішувати таку ситуацію, безпосередньо застосовуючи положення ч. 2 ст. 4 чи ст. 5 КК України; а у випадку, коли окремі положення Розділу II не повністю відповідають змісту положень ст. 5 про зворотну дію закону про кримінальну відповідальність у часі, то такі положення Розділу II можуть застосовуватися лише в частині, яка не суперечить ст. 5.

Прикінцеві положення містить також Закон України від 15.04.2008 р. № 270-VI "Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності". Оскільки відповідно до ч. 2 ст. 3 КК України такі закони є також законами України про кримінальну відповідальність, а вказаними Прикінцевими положеннями доповнюються рядом видавництв (наприклад, видавництвом "Атіка") тексти Кримінального кодексу України, то зупинимося на їх ролі у тлумаченні окремо. Вказані Прикінцеві положення окрім моменту набрання відповідним Законом чинності (п. 1) закріплюють також правила звільнення від покарання (п.п. 2, 4), зменшення призначеного покарання (п. 5) та оцінки діянь осіб, що вчинили злочин, передбачений ст. 188 КК України, виключеною з нього.

Видається, що ці Прикінцеві положення також не можуть мати жодного значення для розуміння істинного смислу КК України. Адже, окрім вищенаведеної аргументації, що стосувалася функцій Прикінцевих та перехідних положень КК України, їх приписи, що вирішують питання кримінального права (п.п. 2, 4-6), також прямо суперечать положенню, закріпленому в ч. 3 ст. 3 КК України, про те, злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. А тому вони не можуть враховувати-

ся ані при тлумаченні як самого цього закону, так і КК України, ані при застосуванні останнього. Сам же Закон України "Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності" застосуванню не підлягає, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 3 КК України після набрання ним чинності був включений до КК України.

Підсумовуючи, ще раз наголосимо, що виходячи із правової природи Прикінцевих та перехідних положень закону про кримінальну відповідальність ми прийшли до висновку, що вони не можуть впливати на розуміння смислу вказаного закону, тобто на його тлумачення. Такі положення можуть лише допомагати вирішенню темпоральних колізій при застосуванні цього закону в частині, що не суперечить ст. 5 КК України.

ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Пісна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Питання щодо поняття, системи та характеристики окремих джерел кримінального права останнім часом стає все більш актуальним. Аналіз тексту Кримінального кодексу України дає підстави для висновку про те, що сам кримінальний закон проголошує себе єдиним джерелом кримінального права. Справедливість такого висновку ставиться під сумнів багатьма вченими, та й, напевне, самою правовою дійсністю.

Питання про визнання того чи іншого правового явища джерелом права, або специфічної галузі права, може знайти свою відповідь тільки після з'ясування загального поняття джерела права.

Насамперед, слід відзначити, що традиційно виділяють матеріальні та формальні джерела права, тобто поняття «джерело права» розглядається в двох аспектах: 1) в широкому розумінні – як причини та закономірності правотворення, генезису (походження) права; 2) у вузькому розумінні – як спосіб закріплення та існування норм права, джерело, з якого суб'єкт права їх пізнає. Проведений аналіз наукової літератури показує, що в основному в якості джерела права розглядаються: 1) явище, з якого походять норми права, явища, які породжують дані норми; 2) явище, за допомогою якого пізнаються норми права; 3) явище, за допомогою та на підставі якого створюються норми права; 4) явище, яке виступає формою виразу норм права та містить їх.

Ми підтримуємо висловлену у літературі точку зору про те, що під джерелом норм кримінального права слід розуміти явище правової дійсності, виражене у певній формі, визнається державою, містить кримінально-правові норми або їх елементи, які регулюють кримінально-правові відносини та належать до правової системи держави. Наведене поняття розширює традиційне уявлення про обсяг явищ, які без сумнівів належать до джерел кримінального права.

На підтвердження цього визначення та достатньо розширеного підходу до системи таких джерел можна навести такі аргументи:

1. Сьогодні наука кримінального права змінюється. Можна відзначити інноваційний і в цілому позитивний характер таких змін. Так, новому осмисленню піддалися такі базові положення кримінального права, як злочин, склад злочину, *значення судової практики як джерела кримінального права*, поняття покарання, кримінальна відповідальність юридичних осіб і т.д.

2. Аналізуючи проблемні ситуації, які існують у науці кримінального права Російської Федерації, професор В.Ф. Цепелев визначив фундаментальні та прикладні проблеми, які потребують наукової розробки. Серед фундаментальних проблем подальшого розвитку теорії кримінального права, автор назвав дослідження питання щодо можливості віднесення до джерел кримінального права судової практики й, зокрема, постанов Пленуму Верховного Суду и ухвал вищих судових інстанцій РФ та суб'єктів Федерації.

3. Джерело права може визнаватися як таке не формально, тобто шляхом прямої вказівки на конкретну форму його виразу, а фактично, виходячи з практики державних органів, які видають чи застосовують відповідні норми права. У зв'язку із цим доцільно розглядати такий феномен, як фактичні джерела права, які визнаються в практиці державних органів. Таким чином досить обґрунтовано сьогодні розглядається питання про визнання як джерела права постанов Пленуму Верховного Суду, зокрема Російської Федерації, які фактично виконують функцію джерела права, будучи самостійними нормовстановлюючими правовими актами. В даному випадку фактичне визнання джерелом права має таке ж значення, як і формальне його санкціонування. (авт. Бибик О.Н.)

4. В якості ще однієї ілюстрації візьмемо проблему існування кримінального права як феномена, що відрізняється від кримінального законодавства, що латентно пов'язане з про-

© Пісна Н., 2011

блематикою суддівського угляду та значення прецеденту як джерела кримінального права. Для кримінального права це ніби то не актуальна проблема. Як зазначалося вище, традиційно вважають, що все кримінальне право міститься у кримінальному законі. Проте це очевидно не так. В КК немає визначення поняття «таємне» стосовно розкрадання у формі крадіжки. Немає в ньому й багатьох інших визначень. Крім того, власне подані у законі приписи також розуміються абсолютно по-різному судами у різному контексті. Так звана кваліфікація злочинів тому часто основується на використанні локалізованих поза КК РФ юридико-технічних засобів. Це позначають як використання результатів тлумачення закону. Але вони настільки далеко відходять від закону, що фактично в основі кримінально-правових рішень лежить не власне закон, а щось інше. Так чи інакше з закону повинно бути вилучений зміст закону, а зміст закону перетворено у зміст права, оскільки все ж таки вважається, що кримінальний закон повинен бути правовим.

5. Часом у спеціальній літературі, розглядувана проблематика згадується побічно, як проблема, що вже вирішена. Так професор А.Е.Жалінський, зокрема, відзначив, що кримінальне право як система норм, зафіксованих у тексті закону або в *прецедентах* (курсив мій – Н.П.) дійсно старіє, губить ефективність й … (далі за текстом). Таким чином прецедент, як специфічний вияв практики застосування закону про кримінальну відповідальність безапеляційно визнається джерелом кримінального права.

6. Судові акти належать до інтерпретаційних актів правозастосування, які наділені високим ступенем репрезентативності і тому можуть бути використані не тільки в якості орієнтира при застосуванні кримінального закону, а також для наукових узагальнень та висновків. Однак деякі вчені, пише автор Кропачев Н.М., вважають таку роль недостатньою та відносять їх до джерел кримінального права. Проте інші вчені, зокрема, О.І. Рарог, стоять на позиції, що для визнання постанов Пленуму Верховного Суду джерелом права повинні бути нормативні підстави.

6. Результатом проведеного російськими вченими анкетування стало таке твердження: більшість опитаних вважають головною ознакою джерела права не відповідність його якій-небудь визначеній формі, а фактичне застосування даного джерела на практиці при регулюванні суспільних відносин, забезпечене державним примусом, тобто наявність у даному джерелі власних норм права.

7. Доказом віднесення певного явища до джерел права служить в основному судова практика, оскільки суд – єдиний орган державної влади, який у спірних ситуаціях уповноважений визначити природу відповідного явища. Що обов'язково для суду, то обов'язково по суті для всіх (авт. Бибик О.Н.).

Не можна за допомогою завчасно встановлених вимог до форми права усунути потребу суспільства в інших джерелах права. Якщо існує така потреба, то значить потрібно її враховувати та по можливості задовольняти. Показовий приклад – постанови Пленуму Верховного Суду. Не включення вказаних актів в число джерел кримінального права не зовсім обґрунтовується потребами суспільства, соціальної (суспільної) практики, в тому числі правозастосовної, і розглядається у науці кримінального права як відрив теорії від практики.

Таким чином, практика застосування закону про кримінальну відповідальність (кримінального закону), в аспекті визначення її значення як джерела кримінального права наділена такими властивостями:

1) належить до джерел права і у широкому, і у вузькому смислі, оскільки є причиною та відображає закономірності правотворення та, одночасно, є способом закріплення та існування норм права;

2) виступає фактичним джерелом кримінального права, оскільки містить кримінально-правові норми або їх елементи, які регулюють кримінально-правові відносини та належать до правової системи держави;

3) існує у певні формі, яка, звичайно, далека від досконалості та потребує комплексного вирішення, більшої відкритості та доступності для сприйняття представниками правозастосовних органів;

4) фактично застосовується як джерело кримінального права, виконує властиві тільки їй специфічні функції забезпечення законності; заповнення прогалин; оцінки якості закону; інтерпретації його змісту; емпіричну та дидактичну.

Практика застосування закону про кримінальну відповідальність (кримінального закону) стане повноцінним джерелом кримінального права коли набуде визначеної форми. Йдеться про те, що джерело права, по суті – явище, з якого черпають знання про право. Джерела права стають такими лише за умови набуття певної форми – зовнішнього прояву, який дає можливість отримати відповідне знання. І якщо судова практика має таку форму, є достатньо доступною для правозастосовувачів, то так звана слідчо-прокурорська практика як така зовнішньої форми наразі немає, але очевидно потребує її.

ПРОБЛЕМА ВСТАНОВЛЕННЯ СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ "ВИПУСК АБО РЕАЛІЗАЦІЯ НЕДОБРОЯКІСНОЇ ПРОДУКЦІЇ"

Цюра А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема встановлення суб'єкта у складі злочину "Випуск або реалізація недоброякісної продукції " обумовлена тією обставиною, що у ст. 227 КК України жодних прямих вказівок на цей елемент злочину законодавцем не передбачено. Тому, встановити суб'єкта даного складу злочину можливе, у першу чергу, виходячи із правильного встановлення елементів того суспільного відношення, на яке вчиняється посягання у випадку вчинення даного злочину. Оскільки охоронюваному ст. 227 КК України суспільному відношенню істотна шкода заподіюється так би мовити з середини, одним з його учасників, то правильне встановлення його суб'єктного складу і дасть відповідь на питання про суб'єкта досліджуваного злочину. Суспільне відношення з приводу якості продукції виникає між суб'єктом господарської діяльності, безпосередньо виробником продукції чи продавцем продукції та споживачем то слід констатувати, що суб'єктом досліджуваного злочину може бути не той суб'єкт господарської діяльності, який виготовив недоброякісну продукцію, а лише той, котрий безпосередньо забезпечив випуск недоброякісної продукції на споживчий ринок або реалізував її споживачеві.

Господарське право передбачає доволі широкий перелік форм організації господарської діяльності на ринку. Такими можуть бути як юридичні особи із різними формами організації, структурою, а також і фізичні особи-підприємці. Оскільки суб'єктом злочину за КК України може бути визнано лише фізичну особу то у випадку вчинення випуску або реалізації недоброякісної продукції юридичною особою, при притягненні до кримінальної відповідальності за цей злочин, необхідно буде встановити ту конкретну фізичну особу, котра працюючи у штаті юридичної особи прийняла рішення чи надала дозвіл на випуск або реалізацію недоброякісної продукції споживачеві.

Залежно від форми організації юридичної особи та її структури такою особою може бути:

- ✓ працівники підприємств на яких покладено обов'язок посадовими інструкціями, наказами чи розпорядженнями на підприємстві по контролю відповідності якості продукції вимогам закріпленим у законодавстві;
- ✓ службові особи підприємства, які очолюють структурні підрозділи на які покладено обов'язок контролю за якістю продукції згідно установчих документів юридичної особи;
- ✓ у випадку обмеженого штату працівників підприємства і відсутності окремої службової особи чи працівника, уповноваженого здійснювати контроль за якістю продукції, відповідальною за якість продукції особою, слід визнавати керівника цього підприємства.

Очевидно, суб'єктом цього злочину слід визнавати і фізичних осіб, які займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи.

Існує питання щодо того чи слід визнавати суб'єктом цього злочину осіб, які здійснювали випуск чи реалізацію недоброякісної продукції споживачам без попередньої реєстрації своєї діяльності, продаючи продукцію виготовлену самотужки, кустарним способом або шляхом підробки інформації на етикетці продукції, яка свідчить про її доброякісність (і т.п.). Жодних обмежень з цього приводу у ст. 227 КК України прямо не передбачено. Серед науковців ж існує полеміка з приводу цього питання. Проте видається, що виходячи із місця статті 227 КК України у системі Особливої частини КК, кримінально-правовій охороні підлягають ті господарські відносини на ринку, які виникають між офіційно, легально діючими суб'єктами господарської діяльності та споживачами. Саме такі відносини регулюються на законодавчому рівні, а зокрема і у сфері якості продукції до таких відносин ставляться певні вимоги. Неофіційна (прихована, тіньова) господарська діяльність не є предметом такого законодавчого регулювання, а відповідно притягати такого суб'єкта за недотримання вимог якості продукції, які офіційно на нього не поширюються підстав нема. Видається, що у такому випадку, залежно

© Цюра А., 2011

від ознак скоєного, питання про кримінальну відповідальність винної особи потрібно вирішувати на підставі інших статей цього Розділу або статей інших Розділів Особливої частини КК України.

У порівнянні з КК України 1960 року у аналогічній ст. 147 законодавець вирішував питання суб'єкта випуску недоброякісної продукції по-іншому. У цій статті містилась вказівка на спеціального суб'єкта цього злочину, а саме – директор промислового підприємства, головний інженер, начальник відділу технічного контролю або інші працівники, які виконують їхні функції. Але мабуть з огляду на ту обставину, що господарське законодавство дає повну свободу підприємцю у конструюванні структури свого підприємства і дозволяє по-різному розподілити функції по контролю за якістю продукції між керівниками, службовими особами та працівниками підприємства, то відповідно у ст. 227 КК України 2001 року і не наведено чіткого переліку осіб, які можуть бути визнані суб'єктом цього злочину. Очевидно, підстави для вирішення даного питання саме таким чином у законодавця були.

Отже, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 227 КК України слід визнавати фізичну, осудну особу, яка досягнула 16-річного віку і котра або є службовою особою чи працівником певної юридичної особи і відповідальна згідно своїх службових чи трудових обов'язків за якість продукції, що випускається чи реалізується споживачам, або є фізичною особою, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи пов'язаною із випуском або реалізацією споживачам продукції. За таких умов суб'єкт цього злочину є спеціальним.

ПОТЕРПІЛИЙ, ЯК ОЗНАКА СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ПАЦІЄНТА

Ясеницький В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Потерпілим від злочинів, що посягають на права пацієнта є носій цих прав. Очевидно, що в окремо взятому складі злочину, що посягає на права пацієнта потерпілий може мати додаткові ознаки, обумовлені специфікою кримінально-правової охорони об'єкта, проте ознаки родового поняття потерпілого у всіх цих злочинах, повинні збігатися. Таким чином, принципове значення має встановлення змісту поняття „пацієнт".

Термін „пацієнт" походить від латинського прикметника *patiente*, що означає той хто терпить, страждає. У словниках, під поняттям „пацієнт" розуміють, людину, котра страждає, хвору особу або як особу котра звернулася за медичною допомогою чи знаходиться під медичним спостереженням. Тобто, часто акцент робиться на терпінні особою якихось негативних явищ, пов'язаних із хворобою. З іншого боку, таке обмеження поняття пацієнта є недоцільним. Адже, наявність хвороби викликає у особи потребу звернення по медичну допомогу, проте якщо виходити із законодавчого поняття здоров'я як повного фізичного, морального і соціального благополуччя, не можна відкидати випадків звернення по таку допомогу і за відсутності хвороби чи фізичного страждання (наприклад, потреба в пластичній чи косметичній операції виключно з естетичних міркувань).

В чинному законодавстві поняття пацієнта не встановлене. Визначення, яке міститься в Інструкції про проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань, затвердженої наказом МОЗ України від 1 листопада 2000 р. стосується лише осіб, що беруть участь у якості добровольців у клінічних випробуваннях лікарських засобів. Не даремно, як синонім у цій інструкції поруч із словом „пацієнт" вживається термін „доброволець". Тому, законодавча діяльність в цьому напрямку, поки що обмежена лише окремими законопроектами. Зокрема, проект Закону України „Про захист прав пацієнтів" від 6 грудня 2007 р. визначає пацієнта, як особу яка: має потребу в медичній допомозі та / або звернулася по неї; одержує медичну допомогу або бере участь у якості випробуваного у медико-біологічних дослідженнях; знаходиться під медичним спостереженням; а також споживач медичних і пов'язаних з ними послуг незалежно від стану його здоров′я.

Одразу ж варто звернути увагу на недоліки такої дефініції. По-перше до пацієнта прирівнюється особа, яка є споживачем медичної послуги або перебуває під медичним спостереженням, хоча медичне спостереження є різновидом медичної послуги і це прямо випливає із поняття медичної послуги, яке містить законопроект. По-друге, якщо особа яка звернулася по медичну допомогу або має потребу в ній охоплюється терміном „пацієнт", незрозуміло навіщо ускладнювати визначення вказівкою на особу, яка отримує медичну допомогу, адже неможливо уявити ситуацію за якої особа, яка або не потребує медичної допомоги, або не зверталася по неї, отримує медичну допомогу. По-третє сумнів викликає можливість визнавати пацієнтом споживачів послуг інших, ніж послуги медичного характеру, тим більше, що законопроект знову ж таки, не містить поняття послуг, пов'язаних із медичними.

В літературі, існує думка, що пацієнтом є лише особа, котра звернулася по медичну допомогу. Ця точка зору, яку підтримують С.Г.Стеценко, В.Ю.Стеценко та І.Я.Сенюта є не надто вдалою. Адже, можна зробити висновок, що особа котра не звернулася по медичну допомогу в зв'язку з відсутністю фізичної можливості (наприклад, непритомний стан, зупинка серця), але отримує її, пацієнтом визнаватися не може. Хоча, в подальших дослідженнях, автори згаданого вище підходу уточнюють свою позицію вказівкою на те, що пацієнтом є особа, яка перебуває в правовідносинах з лікувально-профілактичним закладом. Проте, очевидним є те, що як особа, яка не зверталася по медичну допомогу, але її отримує, так і особа, яка по таку допомогу звернулася, стає учасником правовідносин в сфері охорони здоров'я, оскільки порядок надання медичної допомоги регламентований правом. Логічно, що сама по собі потреба в до-

© Ясеницький В., 2011

помозі не породжує безпосередньо правовідносин, без відповідного звернення чи медичного втручання, проте саме наявність останніх і призводить до набуття особою правового статусу пацієнта, в зв'язку з виникненням у неї прав, а у медичного працівника низки юридичних обов'язків.

На думку Н.Б.Болотіної пацієнтом є фізична особа, яка у встановленому порядку отримує медичну допомогу (профілактичну, діагностичну, лікувальну, реабілітаційну) або піддається медико-біологічним дослідам (клінічним випробуванням) з боку медичних працівників. У цьому підході, хоча в цілому і охоплюється більшість випадків, коли особа потрапляє у сферу правовідносин пов'язаних із охороною здоров'я, проте не враховується момент виникнення у особи права на медичну допомогу чи медичну послугу і відповідного обов'язку у компетентного органу чи особи на надання такої допомоги чи послуги. А такі права і обовязки можуть виникнути і до моменту отримання допомоги, вже у момент звернення.

Врешті-решт, у науковій літературі були спроби пояснити термін „пацієнт" за допомогою вказівки на правовідносини з приводу охорони здоров'я, у сферу яких потрапляє особа. Так, на думку А.М.Зелінського пацієнтом є фізична особа, яка з метою збереження, відновлення, покращення свого здоров'я чи участі в медичному експерименті в якості досліджуваного, є стороною у правовідносинах з фізичною особою – підприємцем або юридичною особою (закладом охорони здоров'я), що здійснюють свою діяльність на основі професійної діяльності медичних працівників та отримали ліцензію на здійснення медичної практики. Незважаючи на правильно зроблений автором акцент на те, що пацієнтом є особа – учасник правовідносин, таке визначення не позбавлене і окремих недоліків. Зокрема, викликає застереження вказівка на мету вступу особи у правовідносини. Адже, можливими є випадки, коли потерпілий взагалі не бажає, щоб йому надавалася будь-яка медична допомога, з огляду, наприклад, на релігійні чи інші переконання, але відмовитися від неї він не може через вади фізичного характеру і ця допомога йому надається. У такому разі зміст правовідносин, у яких перебуває така особа, аналогічний змісту відносин, у яких один із учасників бажає отримувати медичну допомогу чи послугу. Врешті, особа може взагалі не звертатися по допомогу через фізичну неможливість, проте у компетентних органів і осіб виникає обов'язок надавати таку допомогу згідно чинного законодавства, якщо потерпілий її потребує.

Таким чином, для того щоб вести мову про пацієнта, як потерпілого від низки злочинів, що посягають на його права, необхідно враховувати наступне. Перш за все, пацієнтом може бути лише людина, тобто фізична особа, а отже на пацієнта поширюються всі вироблені юридичною наукою положення щодо моменту початку та закінчення життя. Поза цими межами неможливо вести мову про людину як потерпілого від злочину, а отже і про пацієнта.

По-друге, поняття „пацієнт" охоплює і відповідний правовий статус особи. Від інших фізичних осіб пацієнт відрізняється тим, що він є учасником правовідносин пов'язаних із наданням медичної допомоги чи медичної послуги, а отже наділений правами і водночас створює обов'язки щодо нього для інших учасників цих правовідносин. Саме з огляду на зміст цих правовідносин можна робити висновок чи охоплюється конкретна фізична особа поняттям „пацієнт". Тому, врегульовані правом відносини з приводу надання медичної допомоги можуть виникати щодо наступних категорій осіб:

1) тих хто потребує медичної допомоги. Так, згідно п. д ст. 6 Закону України „Основи законодавства України про охорону здоров'я" право на охорону здоров'я включає в себе право на кваліфіковану медико-санітарну допомогу;

2) тих хто звернувся по медичну допомогу чи медичну послугу, хоча б і не потребував її. Ця група осіб може бути віднесена до пацієнтів враховуючи наступне. Особа не зобовязана володіти спеціальними знаннями про різні види хвороб та методи їх лікування чи профілактики. Тому, звернення за медичною допомогою особи, яка лише помилково вважає, що вона хворіє на певну хворобу породжує відповідний обовязок для медичного працівника щодо проведення медичного обстеження чи надання інших медичних послуг. Таким чином, така фізична особа потрапляє у сферу правовідносин, пов'язаних із наданням медичної допомоги чи медичних послуг.

3) ті, хто бере участь у медико-біологічних випробуваннях. Ці особи теж є учасниками правовідносин пов'язаних із наданням медичної допомоги чи послуги, адже такі досліди по-

винні безпосередньо стосуватися захворювання. Так, ст. 45 Основ законодавства України про охорону здоров'я забороняє проведення терапевтичних експериментів на людях, захворювання яких не має безпосереднього зв'язку з метою досліду. Це означає, що особа, як дала згоду на медико-біологічні випробування, розраховує на їх законність та безпечність і, як наслідок, зазнаючи впливу на своє здоров'я, переживає такі ж маніпуляції, які відбуваються під час надання медичної допомоги чи медичної послуги. Тому і правовий статус такої людини охоплює аналогічні права на охорону здоров'я і передбачає відповідні обовязки стосовно охорони здоров'я з боку осіб, котрі проводять експеримент.

З огляду на наведене вище, під пацієнтом можна розуміти фізичну особу, учасника правовідносин у сфері надання медичної допомоги чи медичних послуг, яка потребує медичної допомоги або медичної послуги чи звернулася по таку допомогу або послугу, незалежно від стану її здоров'я, а також особа, щодо якої здійснюється медико-біологічне дослідження.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ, ОБ'ЄКТОМ ЯКИХ Є ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ЖИЛЕ ПРИМІЩЕННЯ

Андріїв Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Злочини, які посягають на право власності на жиле приміщення, завдають значної шкоди, зважаючи на його вартість та складну економічну ситуацію в даний час. З огляду на це, враховуючи практику розслідування останніх, вимагає ґрунтовного наукового дослідження та вдосконалення процедура забезпечення цивільного позову, як основного механізму гарантування відшкодування збитків, заподіяних злочинами вказаної групи.

В рамках даного дослідження, варто розглянути коло об'єктів права власності, на які відповідно до закону може бути накладено арешт в порядку забезпечення цивільного позову. Відповідно до ст. 126 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК) забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна провадиться шляхом накладення арешту на вклади, цінності та інше майно обвинуваченого чи підозрюваного або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії, де б ці вклади, цінності та інше майно не знаходилось, а також шляхом вилучення майна, на яке накладено арешт. Вказана норма закону, як і більшість інших, була глибоко проаналізована і знайшла своє схвалення в науковій спільноті. На даний час її зміст не є предметом значних наукових дискусій, що видається не зовсім виправданим.

Особливий науковий інтерес серед майна та цінностей, на які може бути накладено арешт, становлять деякі види цінних паперів, а саме пайові. Накладення арешту на боргові, похідні, товаророзпорядчі та інші, передбачених законом, види цінних паперів повністю обмежує можливість розпорядження ними та реалізацію прав, які вони надають. Що ж стосується пайових цінних паперів, то тут ситуація дещо інша. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 195 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) пайовими є цінні папери, які засвідчують участь у статутному капіталі, надають їх власникам право на участь в управлінні емітентом і одержання частини прибутку, зокрема у вигляді дивідендів, та частини майна при ліквідації емітента. Відповідно до п. 1 ч. 5 ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» до пайових цінних паперів відносяться:

а) акції;

б) інвестиційні сертифікати;

в) сертифікати фондів операцій з нерухомістю;

Накладення арешту на такі цінні папери обмежує можливість власника розпоряджатись ними – дарувати, продавати чи іншим способом відчужувати. В цей момент, юридична особа, права на управління якою посвідчені вказаними цінними паперами, в особі інших її учасників, як правило, є вільною у можливості розпорядження всім належним їй майном, в тому числі і тою його частиною, еквівалентною вартості майна, що було передано учасником при створенні юридичної особи і на повернення якого він має право, посвідчене пайовим цінним папером, у випадку виходу з юридичної особи або її ліквідації. Із цього випливає два важливих висновки. По-перше, хоча номінальним власником майна, переданого при створенні юридичної особи, є сама юридична особа – реально розпорядження цим майном здійснюється учасниками такої особи шляхом управління нею, розподілу прибутку та отримання майна відповідної вартості при виході з юридичної особи або її ліквідації. По-друге, накладення арешту на пайові цінні папери не дає потрібного забезпечувального результату, оскільки майно, яке є «реальною» власністю обвинуваченого (підозрюваного), хоча номінально належить юридичній особі, може бути вільно реалізоване за час досудового слідства та судового розгляду справи і на

© Андріїв Д., 2011

момент задоволення судом цивільного позову на нього вже не можна буде звернути стягнення. Тому доцільно було б передбачити можливість накладення арешту на ту частину майна юридичної особи, якою «реально» володіє обвинувачений (підозрюваний). За такої ситуації, на наш погляд, необхідно внести зміни у чинне законодавство, виклавши ч. 1 ст. 126 КПК в такій редакції: «Забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна провадиться шляхом накладення арешту на вклади, цінності та інше майно обвинуваченого чи підозрюваного або осіб, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії, де б ці вклади, цінності та інше майно не знаходилось, частину майна юридичної особи, еквівалентну вартості майна (частки у статутному (складеному) капіталі), право на отримання якого має учасник у випадку виходу з юридичної особи, її ліквідації, а також шляхом вилучення майна, на яке накладено арешт». Не зовсім вдалим видається шлях, обраний авторами Проекту КПК, внесеного народними депутатами Мойсиком В.Р., Вернидубовим І.В., Ківаловим С.В., Кармазіним Ю.А. Надання особі, яка здійснює дізнання, слідчому, прокурору та суду права накладення арешту на цінні папери, корпоративні права і частку в господарських товариствах повинно стати вагомим досягненням в цьому напрямі. Проте вимагає удосконалення процедура накладення арешту, запропонована авторами законопроекту. Відповідно до ч. 5 ст. 271 Проекту особа, яка здійснює дізнання, слідчий, прокурор, суд вправі встановити заборону на відчуження і розпорядження майном (часткою) та іншими корпоративними правами в господарському товаристві або іншому підприємстві, установі, організації. У цьому разі можуть встановлюватись обмеження також і на сплату дивідендів та інших виплат, одержання яких випливає з корпоративних прав. Такі обмеження не повинні утруднювати діяльність господарського товариства, підприємства, установи, організації, а також зачіпати інтереси інших учасників спільної власності та корпоративних прав. В ч. 6 згаданої статті зазначено, що про накладення заборон та обмежень на частку у майні та інші корпоративні права повідомляється Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку або її територіальні відділення, відповідна державна податкова інспекція, а також господарське товариство, підприємство, установа, організація, учасником якого є підозрюваний, обвинувачений, підсудний. Управління часткою та корпоративними правами підозрюваного, обвинуваченого, підсудного може бути покладено на іншого учасника господарського товариства, підприємства, установи, організації або на Фонд державного майна України.

Як встановлення заборони на відчуження чи розпорядження підозрюваним, обвинуваченим, підсудним майном (часткою) та іншими корпоративними правами в господарському товаристві або іншому підприємстві, установі, організації, так і передання повноважень з управління часткою та корпоративними правами підозрюваного, обвинуваченого, підсудного іншому учаснику господарського товариства, підприємства, установи, організації або Фонду державного майна України не позбавляє можливості такого розпорядження саму юридичну особу, яка є власником майна, на що вже наголошувалось раніше. Подібну позицію займають і автори проекту КПК, розробленого Міністерством юстиції України та Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президентові України. У ч. 3 ст. 156 Проекту зазначається, що арешт може бути накладено на нерухоме і рухоме майно, результати інтелектуальної, творчої діяльності, гроші у будь-якій валюті готівкою або у безготівковому вигляді, цінні папери, корпоративні права, які перебувають у власності підозрюваного, обвинувачуваного і зберігаються у нього або в інших фізичних або юридичних осіб з метою конфіскації майна або відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням.

Отже, беручи до уваги вищенаведене, необхідно передбачити в законі можливість накладення арешту на, належну обвинуваченому, підозрюваному або особам, які несуть за законом матеріальну відповідальність за його дії, частину майна юридичної особи, еквівалентну вартості майна (частки у статутному (складеному) капіталі), право на отримання якого має учасник у випадку виходу з юридичної особи, її ліквідації, для забезпечення цивільного позову.

СУДОУСТРІЙ В УКРАЇНІ ЗА НОВИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО СУДОУСТРІЙ ТА СТАТУС СУДДІВ»

Анікіна Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Справедлива, незалежна, прозора і ефективна судова система є наріжним каменем демократичного суспільства. Двісті років тому перший президент США Джордж Вашингтон проголосив, що істинне правосуддя є найміцнішим стовпом доброго уряду, коли судді виносять рішення відповідно до закону і сприймаються суспільством як такі, що виносять рішення за законом, а не за своїми примхами чи вказівками впливових політиків. Це відповідає ст. 8 Конституції України, яка визначає верховенство права як фундаментальний принцип діяльності держави, в тому числі діяльності її судової системи.

Усі роки існування незалежної української держави відбувалось реформування, удосконалення судової системи України з метою побудови найбільш ефективної її моделі. Останнім кроком на такому шляху стало прийняття 7 липня 2010 року Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Ст. 17 цього Закону встановлює побудову цієї системи відповідно до принципів територіальності, спеціалізації (що прямо відповідає Конституції України), інстанційності (останній прямо пов'язаний з принципом забезпечення права на апеляційне та касаційне оскарження).

Систему судів загальної юрисдикції складають:

1. місцеві суди, якими є місцеві загальні суди – районні, районні в містах, міські та міськрайонні; місцеві господарські суди Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя; місцеві адміністративні суди – окружні адміністративні суди.

2. апеляційні суди, якими є апеляційні суди з розгляду цивільних, кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення областей, міст Києва і Севастополя, Автономної Республіки Крим, апеляційні господарські суди і апеляційні адміністративні суди, які утворюються в апеляційних округах відповідно до Указу Президента України.

3. вищі спеціалізовані суди, якими є Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України.

4. Верховний Суд України.

Така побудова судової системи дала можливість повніше реалізувати принцип спеціалізації, утворивши Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, уніфікувати практику перегляду судових рішень в касаційному порядку: в апеляційному порядку апеляційним судам передаються всі без винятку рішення (до прийняття нового закону рішення апеляційних судів, постановлені ними по першій інстанції, в апеляційному порядку на переглядались, що порушувало принцип доступності до правосуддя і транспарентності судової влади), а також в касаційному порядку судові рішення переглядаються судами одного рівня – Вищими спеціалізованими судами.

У Законі «Про судоустрій та статус суддів» значно урізані повноваження Верховного Суду України. Законодавець за Верховним Судом залишив лише перегляд справ з підстав неоднозначного застосування судами касаційної інстанції однієї в тієї ж норми матеріального права у подібних правовідносинах, а також у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом; надання висновку про наявність або відсутність в діянні, в якому обвинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину, внесення письмового подання про неможливість виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я; звернення до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а так само щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України.

З одного боку, виглядає так, що Верховний Суд України через перегляд справ за винятковими обставинами забезпечуватиме однакове застосування судами законодавства.

© Анікіна Н., 2011

З іншого боку, системи спеціалізованих судів завершують вищі спеціалізовані суди і таким чином порушується ч. 1 ст. 125 Конституції України, яка закладає принцип про те, що суди загальної юрисдикції утворюють єдину систему судів. Системи спеціалізованих судів за Законом фактично можуть функціонувати без Верховного Суду України. Складається враження, що Верховний Суд України передбачений в системі вимушено, тільки через те, що він передбачений Конституцією України. При цьому його місце і роль в системі не відповідає тому, як це визначено у ст. 25 Конституції. Верховний суд фактично перестає бути найвищим судовим органом, оскільки позбавлений повноважень щодо забезпечення єдності судової системи, зокрема, права здійснювати узагальнення судової практики і вивчення судової статистики, а також прийняття постанов з метою надання судам роз'яснень щодо забезпечення однакового застосування норм права у судовій практиці.

Наступна проблема, яка на нашу думку, породжена новим Законом про судоустрій, полягає у виключенні з підсудності апеляційного суду розгляду окремих категорій кримінальних справ по першій інстанції. Сам по собі цей факт є позитивним, однак віднесення цих справ до підсудності місцевих судів, особливо при передбаченій Законом системі автоматизованого документообігу (розподілу справ між суддями), складає певні труднощі при їх розгляді. По-перше, тому, що судді місцевих судів такі справи ніколи не розглядали і тим самим не мають відповідного досвіду, а по-друге, тому, що справа може потрапити на розгляд молодих, недосвідчених суддів. Вихід із цього становища передбачався у проекті закону про судоустрій: там було передбачено створення двох видів місцевих судів – дільничних, які б розглядали всі цивільні, більшість кримінальних і справи про адміністративні правопорушення, і окружних – для розгляду кримінальних справ про злочини, за які передбачено покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Причому , щоб задовольнити тих противників цієї ідеї, які зазначають, що окружні суди не варто створювати через низьку завантаженість суддів (на щастя, кількість справ про такі злочини є незначною), можна запропонувати утворити такі суди не в кожній області, а, припустімо, в округах, у яких діють господарські або адміністративні апеляційні суди.

За чинним Законом голови судів загальної юрисдикції (крім Голови Верховного Суду України) призначаються на посади строком на п'ять років із числа суддів відповідного суду та звільняються з посади Вищою радою юстиції за поданням ради суддів. Як відомо, Конституційним Судом України було визнано неконституційним призначення голів судів Президентом України і до прийняття Закону 2010 р. це питання не було урегульоване, хоча практика йшла шляхом призначення на адміністративні посади у судах Радою суддів України. Таку пропозицію містив і проект Закону про судоустрій, і це видавалось цілком логічним, щоб саме суддівська спільнота (орган суддівського самоврядування) призначала голів судів.

Якщо говорити про повноваження голів судів за новим Законом про судоустрій та статус суддів, то слід відмітити як позитивний момент той факт, що голова суду сьогодні позбавлений повноважень, які дають можливість незаконно впливати на суддю (взяти хоча б до уваги вже згадану автоматизовану систему документообігу у судах); у голів судів залишились повноваження, які умовно можна поділити на представницькі, номінацій ні (на підставі рішення про призначення судді чи звільнення його з посади), контрольні лише щодо апарату суду та інші. Оскільки значна кількість дослідників даного питання зазначала, що більшість механізмів тиску на суддю здійснювалась через голову суду, то можна констатувати, що дане положення закону, принаймні де-юре, вирішило дане завдання.

ДОСТОВІРНІСТЬ НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ

Багрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Вирішення питання про достовірність непрямих доказів є одним із найскладніших при їх оцінці. Пов'язано це з тим, що тут існує багато моментів, які потрібно враховувати при переході від ймовірного знання до достовірного, тобто від припущення (версії) до достовірної інформації (непрямого доказу).

2. Достовірність непрямого доказу означає, що інформація, яка лежить в його основі точно і повно відображає дійсність в межах предмету доказування. Достовірність доказів означає, що вони правильно, адекватно відображають матеріальні та нематеріальні (ідеальні) сліди. Оцінка доказів, з точки зору їхньої достовірності, полягає в тому, що: 1) вивчається особа, яка володіє відомостями (свідок, потерпілий тощо) з позицій її здатності давати правдиві та повні показання; 2) вивчається характер та умови виявлення матеріального носія інформації (предмет, документ); 3) аналізується зміст відомостей (послідовність і повнота викладення, наявність суперечностей, неточностей, прогалин, обґрунтованість висновків, що базуються на даних науки тощо); 4) інформація, яка одержана з певного процесуального джерела, зіставляється з інформацією, що отримана з інших процесуальних джерел.

3. Суб'єктивною стороною достовірності є впевненість у тому, що оцінка даної події є повною та правильною. Вся складність в даному випадку полягає в тому, що для того, щоб кінцевий висновок був достовірний, потрібно, щоб достовірними були непрямі докази, на основі яких він будується, і щоб вони були правильно поєднані. Проте достовірність одного окремо взятого непрямого доказу виявити важко, оскільки кожен такий доказ може по-різному тлумачити окремі обставини, які входять в предмет доказування. Тому, такий зв'язок окремо взятого непрямого доказу існує лише як ймовірний. Звідси випливає один дуже важливий висновок, який полягає в тому, що при оцінці непрямих доказів з точки зору їх достовірності необхідно враховувати певну множину таких доказів, які у своїй сукупності утворюють достовірність. Іншими словами, достовірними є не окремо взяті непрямі докази, а їх належним чином впорядкована система. Коли ж встановлена достовірність системи непрямих доказів, тоді логічно, що всі непрямі докази, які до неї входять є також достовірними. Виникає питання: як встановити достовірність такої системи непрямих доказів? Тут важливими є зв'язки непрямих доказів, тобто способи їх поєднання, які базуються на правилах логіки та закономірностях явищ. Слід зауважити, що такі зв'язки не так легко виявити, адже вони існують як в межах конкретних систем, так і між самими системами непрямих доказів.

4. Окрім встановлення зазначених зв'язків, структура переходу від ймовірного знання до достовірного характеризується особливістю механізму формування висновків при оперуванні непрямими доказами, а отже їх оцінки. Такий механізм побудови висновків передбачає використання методів математики, і полягає в тому, що, оскільки судження про об'єктивний зв'язок непрямих доказів із обставинами предмету доказування розглядається як ймовірний, то його достовірність доводиться шляхом спростування протилежного йому припущення – про випадковий збіг цих непрямих доказів. Таким чином, перехід від ймовірності до достовірності в доказуванні непрямими доказами можливий лише завдяки фактору системності, наявності зв'язків між компонентами системи – непрямими доказами та „проміжними фактами".

5. Для того, щоб оцінити достовірність системи непрямих доказів, потрібно визначити „силу" і значення кожного непрямого доказу, які до неї входять. Необхідно враховувати наступні положення при визначенні „сили" непрямих доказів: 1) непрямі докази, в основі яких лежать закони фізичних явищ, достовірніші від непрямих доказів, в основі яких лежать закони моральних явищ; 2) сила непрямих доказів визначається більш чи менш тісним зв'язком між доказуючим та доказуваним фактом; тому не можуть бути доказами: а) судження про існування відомого факту; б) факти подібні, але не пов'язані з розслідуваною справою (аналогія); в) факти негативної репутації обвинуваченого як основа його ймовірної винуватості; 3) непрямі

© Багрій М., 2011

докази, отримані з різних джерел є більш надійними, ніж ті, які отримані з одного джерела; 4) чим тяжче обвинувачення і чим більше злочинне діяння суперечить життєвому досвіду, тим більше потрібно доказів для внутрішнього переконання; 5) у кожній кримінальній справі повинні подаватись кращі докази, які допускаються природою даного випадку; 6) чим довший ряд проміжних обставин між даним фактом і предметом дослідження, тим більше шансів для невірного висновку.

6. Достовірність непрямого доказу по суті встановлюється шляхом вивчення в сукупності джерела фактичних даних і всього ходу формування доказу. Вона залежить від: а) можливостей допитуваного до сприймання, запам'ятовування та відтворення інформації; б) факторів, які можуть впливати на ці процеси, „викривити" дійсну картину події злочину в очах особи, яка її сприймає чи послабити запам'ятовування; в) умов виникнення, збереження та копіювання матеріальних та ідеальних слідів; г) зацікавленості допитуваної особи результатах справи; д) впливу зацікавлених осіб на зміст показань допитуваного і т. п. Наприклад, під час розслідування кримінальної справи у слідчого може виникнути думка про фізичні чи психічні недоліки допитуваного, які не дозволяють йому правильно сприймати обставини, які мають значення для справи і давати про них адекватні показання. В такому випадку для оцінки достовірності показань цієї особи необхідно провести її освідування (ст. 193 КПК України), призначити і провести у випадку необхідності судову експертизу (ст. ст. 76, 196 КПК України).

7. Важливого значення при оцінці непрямих доказів з точки зору їх достовірності має аналіз та врахування особливостей відображення процесуальними джерелами непрямих доказів відповідних обставин. Так, стосовно свідоцьких показань враховуються конкретність, визначеність, точність, несуперечливість, а також відповідність їх іншим доказам. Крім того, враховується місце свідка у кримінальній справі, наявність фактів, які вказують на можливість давання ним завідомо неправдивих чи помилкових показань. При оцінці показань обвинуваченого враховуються наявність чи відсутність протиріч в показаннях, співвідношення їх з іншими відомостями у справі, наявність чи відсутність у обвинуваченого мотивів для самообмови чи обмови інших осіб. Щодо оцінки правильності висновків експертів, виходять із врахування ступеня підготовленості експерта (в розумінні наявності у нього спеціальних знань), достатнього рівня знань, технічних засобів; правильності застосовуваного методу при дослідженні обставин; достатності матеріалів, які подані експерту для дослідження. При цьому береться до уваги, чи правильно враховані експертом особливості об'єкта дослідження, наскільки об'єктивно і неупереджено він підійшов до дослідження фактів. Важливе значення при оцінці висновків експерта мають обґрунтованість висновку, внутрішня узгодженість, логічність, відповідність висновку іншим доказам та встановленим фактам у справі, дотримання експертами процесуальних гарантій при проведенні експертизи та дачі висновку.

8. При оцінці достовірності відомостей, які містяться в письмовому джерелі, виходять з наявності чи відсутності обставин, які свідчать про оригінальність документу чи відповідності копії своєму оригіналу, із наявності чи відсутності внутрішніх протиріч у відомостях цього джерела, відповідності цих відомостей іншим доказам у справі.

9. При використанні речових доказів, для того, щоб не помилитися в оцінці достовірності встановлених ними фактів, виходять із наявності чи відсутності у справі можливих гарантій від їхньої фальсифікації, з того, наскільки речі відповідають своєму призначенню, із відповідності відомостей, отриманих з цього джерела, іншим доказам у справі.

Тому, важливо оцінювати непрямі докази, встановлювати достовірність відомостей, отриманих із відповідних джерел таким чином, щоб повністю виключити можливість викривлення фактів, відображених у цих джерелах.

СУТЬ, ЗАВДАННЯ, ЗНАЧЕННЯ ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. У даний час термін "апеляція" (з лат. "appellation" – звернення, "appellare" – викликати до суду, звертатися) у процесуальній літературі вживається у кількох контекстних значеннях: а) як форма (спосіб) перевірки судових рішень; б) як форма звернення до суду апеляційної інстанції; в) як привід до початку апеляційного провадження; г) як новий розгляд справи по суті судом апеляційної інстанції; д) як інститут процесуального права; е) як інститут судоустрою.

Суть апеляційного провадження полягає у перегляді вищою судовою інстанцією (апеляційною) як з фактичної точки зору (по суті), так і з юридичної точки зору (по формі) рішення суду першої інстанції, що не набрало законної сили, на предмет його законності, обґрунтованості та справедливості шляхом нового повторного розгляду справи з ініціативи сторін, а також інших осіб, інтересів, яких стосується дане рішення.

За методом розгляду та вирішення справи порядок апеляційного розгляду не відрізняється від порядку розгляду судом першої інстанції, за винятком того, що апеляційний суд перевіряє судове рішення тільки у тій частині, в якій воно оскаржене. У цьому знаходить свій вираз принцип диспозитивності кримінального судочинства.

Дослідники (Д.О. Захаров) слушно вказують й на ще одну з відмінностей розгляду справи судом першої інстанції від апеляційного розгляду, яка полягає в тому, що суд першої інстанції зобов'язаний визначити свою позицію з усіх питань, які входять до предмету доказування у даній справі, тоді як апеляційна інстанція повинна висловити свою думку лише з тих питань, які вказані в апеляціях, ґрунтуючись при цьому на неоспорених висновках суду нижчого рівня.

Апеляційна інстанція розглядає всі обставини справи, оцінює докази, встановлює факти та робить з них юридичні висновки. У зв'язку з цим, вона вправі постановити нове рішення, замінюючи ним рішення суду першої інстанції. Тож апеляційне провадження характеризується якісно новим рівнем судового розгляду справи.

2. Окремі автори (І.Ю. Мірошников) виділяють наступні види вітчизняного апеляційного провадження: 1) без проведення судового слідства; 2) з проведенням судового слідства у повному обсязі; 3) з проведенням судового слідства частково; 4) з дослідженням додаткових матеріалів, якщо вони були подані. Однак запропоновані види розкривають суть та особливості апеляційного провадження у кримінальному судочинстві України не в усіх аспектах.

На наш погляд, у чинному КПК України в залежності від об'єкта апеляційної перевірки передбачено три види апеляційного провадження, кожному з яких притаманні свої особливості, зумовлені суб'єктами, порядком і строками апеляційного оскарження, методом апеляційного розгляду та рішеннями апеляційного суду за його результатами:

1) апеляційне провадження щодо перегляду вироків, а також постанов про застосування примусових заходів виховного і медичного характеру, винесених судами першої інстанції (ч.1 ст. 347 КПК України);

2) апеляційне провадження щодо перегляду ухвал (постанов) судів першої інстанції про закриття кримінальної справи або повернення справи на додаткове розслідування, окремих ухвал (постанов), а також інших постанов, винесених судами першої інстанції, у випадках передбачених кримінально-процесуальним законом (ч.2 ст. 347 КПК України);

3) апеляційне провадження щодо перегляду постанов про: поміщення неповнолітнього у приймальник-розподільник для дітей або про відмову в цьому (ст. 7^3 КПК України); відмову у задоволенні скарги про застосування заходів безпеки або про їх скасування (ст. 52^5 КПК України); надання дозволу на перевірку заяв та повідомлень про злочини шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності (ст. 97 КПК України); обрання запобіжного заходу у виді взят-

© Бобечко Н., 2011

тя під варту чи про відмову в цьому (ст. 165^2 КПК України); продовження строку тримання під вартою чи про відмову в цьому (ст. 165^3 КПК України); відмову у проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи (ст. 177 КПК України); відмову у проведенні примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи (ст. 178 КПК України); відмову у проведенні виїмки документа виконавчого провадження (ст. 178 КПК України); відмову у проведенні огляду житла чи іншого володіння особи (ст. 190 КПК України); поміщення обвинуваченого у медичний заклад для стаціонарної експертизи або про відмову в цьому (ст. 205 КПК України); застосування тимчасового арешту або про відмову в цьому (ст. 462 КПК України); застосування екстрадиційного арешту або про відмову в цьому (ст. 463 КПК України).

Утім, існування трьох видів апеляційного провадження у кримінальному судочинстві є негативним явищем як з теоретичної, так і з практичної точки зору. Фактично лише перегляд вироків судів першої інстанції пов'язаний із проведенням апеляційним судом судового слідства. Усі ж інші рішення, які можуть бути об'єктом апеляційного розгляду, перевіряються за правилами касаційного провадження. По суті у чинному КПК України діє спотворений інститут апеляційного провадження, і апеляція перетворюється на касацію там, де немає повторного дослідження доказів шляхом проведення судового слідства. Однак порядок апеляційного оскарження та розгляду повинен бути єдиним і не залежати від об'єкта апеляційної перевірки. Один і той же порядок провадження в суді першої інстанції вимагає і однакової процедури провадження в апеляційній інстанції, уніфікованого порядку контролю за діяльністю нижчестоящих судів. Тому заслуговує підтримки пропозиція (Д.В. Філін) про надання у новому кримінально-процесуальному законодавстві України апеляційному суду права переглядати судові рішення не тільки в апеляційному, але й у касаційному порядку.

3. На підставі аналізу відповідних норм чинного кримінально-процесуального законодавства України можна стверджувати, що апеляційне провадження – це самостійна стадія кримінального процесу, яка регламентує діяльність щодо оскарження рішень суду першої інстанції, що не набрали законної сили, розгляду судом апеляційної інстанції як з питань факту, так і права кримінальної справи за апеляціями та вирішення ним питання про правосудність (неправосудність) оскарженого вироку, постанови чи ухвали з можливістю постановлення свого вироку або постанови.

4. Процесуальну природу, суть та місце апеляційного провадження серед форм перевірки судових рішень у кримінальному судочинстві найповніше можна розкрити за допомогою сукупності основних та специфічних положень, притаманних цій стадії процесу, враховуючи при цьому засади, на яких ґрунтується система перегляду судових рішень.

Такі положення прийнято називати основними (характерними) рисами апеляційного провадження. Їх основне призначення полягає у забезпеченні нормального розгляду кожної кримінальної справи апеляційною інстанцією. Основні (характерні) риси являють собою сукупність взаємопов’язаних загальних умов (вимог), передбачених кримінально-процесуальним законом, що виражають найважливіші та типові ознаки апеляційного провадження як стадії кримінального процесу та проявляються протягом усього періоду реалізації її норм. Характерні риси не суперечать принципам кримінального судочинства, не усувають їх дію на стадії апеляційного провадження, натомість додатково характеризують її та є частковим проявом їх дії на цьому етапі кримінально-процесуальної діяльності. Основні риси відрізняють апеляційне провадження від усіх попередніх та наступних стадій кримінального процесу та інших проваджень, спрямованих на перегляд судових рішень.

Формулювання "основні риси" вказує на те, що апеляційному провадженню притаманні й інші специфічні риси. Вони не відіграють визначальної ролі, а є звичайними кримінально-процесуальними нормами, що реалізуються у даній стадії процесу. До них можна віднести строки на апеляційне оскарження, наслідки надходження апеляцій, суди, що здійснюють розгляд справ в апеляційному порядку тощо.

Видається, що апеляційному провадженню притаманні наступні характерні риси: 1) об'єкт перегляду – рішення суду першої інстанції, що не набрали законної сили, на предмет їх законності, обґрунтованості та справедливості; 2) широке коло суб'єктів права на апеляційне оскарження; 3) можливість оскарження судового рішення тільки у межах вимог, заявлених в суді першої інстанції; 4) широкий обсяг підстав для зміни чи скасування судових рішень; 5)

можливість апеляційного суду провести, у разі необхідності, попередній розгляд справи та судове слідство; б) можливість апеляційного суду, у випадках вказаних у законі, постановити свій вирок (лише обвинувальний) чи постанову, повністю замінивши вирок або постанову суду першої інстанції, з безпосереднім погіршенням, у такий спосіб, становища підсудного.

5. На апеляційне провадження покладаються наступні завдання: а) здійснення судового контролю за діяльністю судів першої інстанції; б) попередження набрання законної сили та звернення до виконання неправосудних рішень судів першої інстанції; в) виправлення недоліків діяльності судів першої інстанції та поновлення прав і законних інтересів особи у найкоротші строки (порівняно з іншими формами перегляду судових рішень у кримінальному процесі).

6. Значення апеляційного провадження полягає в тому, що дана форма перевірки судових рішень: а) виступає гарантією захисту прав та законних інтересів особи у кримінальному судочинстві, а також гарантією правильного розгляду та вирішення справи судами нижчої інстанції (гарантією правосуддя); б) виконує основну роль у виявленні, виправленні та попередженні недоліків діяльності судів першої інстанції; в) у ході апеляційного провадження реалізується попереджувально-виховне завдання кримінального судочинства.

ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.

Бойко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасних умовах підготовки проекту нового КПК України, що має на меті створення в Україні судочинства охоронного типу , особливої уваги з боку науковців та практиків набувають питання вдосконалення процесуального статусу осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві в напрямку розширення їх процесуальних прав та створення надійних гарантій їх реалізації, охорони та захисту. Насамперед, це стосується тих осіб, які мають свій власний інтерес у справі, або які представляють чи захищають права та законні інтереси цих осіб (підозрюваний, обвинувачений , підсудний, його захисник та законний представник, потерпілий, цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники), оскільки права та законні інтереси саме вказаних вище осіб можуть найбільш істотно зачепатись в зв'язку із вчиненням злочину. В зв'язку з цим , важливого наукового і практичного значення набувають питання вдосконалення процесуального статусу осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, оскільки в зв'язку із здійсненням щодо цих осіб кримінального переслідування їх права та законні інтереси і, насамперед, конституційні, можуть бути істотно обмежені рішеннями і діями державних органів та посадових осіб , які ведуть кримінальний процес. Це вимагає створення надійних, ефективних процесуальних гарантій їх реалізації, охорони та захисту, приведення їх у відповідність з міжнародними стандартами у сфері захисту прав та свободи людини і громадянина, які закріплені у міжнародно-правових документах, що визнані Україною.

Можна визначити наступні напрямки вдосконалення процесуального статусу підозрюваного:

1. Однією з підстав для визнання особи підозрюваною у вчиненні злочину закон встановлює затримання особи по підозрінню у вчинені злочину (п.1ч.1 ст.43[1] КПК України). Однак особа визнається підозрюваною не тому, що її затримано, а тому що в справі є достатні дані які вказують на її причетність до вчинення злочину. Ці дані (підстави) для затримання особи , підозрюваної у вчиненні злочину закріплені у ч.1 і 2 ст.106 КПК України. В свою чергу, затримання підозрюваного повинно здійснюватись лише в порядку, встановленому КПК України. Цей порядок встановлений ст.ст.106, 106[1] і 107 КПК України. Оскільки затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину може здійснюватись лише за наявності підстав і в порядку, встановленому ст.ст.106, 106[1] і 107 КПК України, в яких закріплені гарантії законності та обґрунтованості затримання вказаних осіб, тому п.1 ч.1 ст.43[1]КПК України після слів «особа затримана по підозрінню у вчиненні злочину», слід було б доповнити положенням такого змісту: «на підставах і в порядку, встановленому ст.ст. 106, 106[1] і 107 КПК України ».

2. В ч.2 ст.106 КПК України законодавець встановлює додаткові (факультативні) підстави для затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, а саме: «інші дані, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину, в тому разі коли ця особа намагалася втекти, або коли її місце проживання чи перебування не зареєстровано, або коли не встановлено особи підозрюваного». Однак, законодавець не конкретизує зміст цих «інших даних, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину», не визначає обсяг цих даних, що може призвести до неоднозначного розуміння і неправильного застосування цих положень закону на практиці, і як наслідок - спричинити незаконне та необґрунтоване затримання особи, що є грубим порушенням її конституційного права на свободу та особисту недоторканність. На підставі цього , частину другу ст.106 КПК України, що встановлює додаткові підстави для затримання особи по підозрінню у вчиненні злочину слід було б виключити.

3 В ч.2 ст. 43[1] КПК України визначені права підозрюваного, якими він наділяється для захисту від висунутої проти нього підозри у вчиненні злочину, а також для захисту інших його законних інтересів. Однак, обсяг процесуальних прав підозрюваного є значно вужчим, ніж

© Бойко В., 2011

прав обвинуваченого, хоча у відношенні обох з цих осіб здійснюється кримінальне переслідування. Саме тому, вони повинні бути забезпечені рівними можливостями для захисту від висунутої їм підозри (обвинувачення), а також для захисту своїх інших прав та законних інтересів (особистих, майнових та ін.). В зв'язку з цим, в КПК України права підозрюваного повинні бути урівноважені з правами обвинуваченого.

Крім того, підозрюваний наділяється також іншими правами, що передбачені нормами закону, зокрема, в зв'язку із застосуванням до нього заходів кримінально-процесуального примусу, участю в проведенні ряду слідчих дій , участю в доказуванні, правами, які випливають з обов'язків органів досудового розслідування, а також пов'язані з правами та обов'язками його захисника. Крім цих прав, підозрюваний наділяється також правами, які закріплені у міжнародно-правових актах, що визнані Україною, зокрема, у Загальній Декларації Прав людини (ст. 9), Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (ст. 9), Європейській конвенції з прав та основоположних свобод людини та громадянина (ст.5).

Так, зокрема, в ст. 5 Європейської конвенції з прав та основоположних свобод людини та громадянина закріплені і такі права підозрюваного:

- ✓ бути негайно поінформованим зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке звинувачення висунуте проти нього;
- ✓ в разі законного арешту або затримання негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу і право на розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження (п.3);
- ✓ право на відшкодування шкоди, якщо арешт або затримання здійснено всупереч положенням цієї статті (п.5).

Таким чином, процесуальні права підозрюваного повинні бути значно розширені, не обмежуватись їх вичерпним переліком, як це встановлено в чинному законодавстві (ст.43^1 КПК України). В новому КПК України в окремій статті мають бути визначені основні права підозрюваного із вказівкою й на інші його права, які передбачені кримінально-процесуальним законом. Адже, право підозрюваного на захист включає всю сукупність його процесуальних прав. Це значно розширило б можливості активної та ефективної реалізації та захисту підозрюваним своїх прав та законних інтересів.

Так, зокрема, крім прав, які вказані в ст. 43^1 КПК України, підозрюваний повинен бути наділений і наступними правами:

- ✓ одержати копію постанови про порушення проти нього кримінальної справи або копію протоколу затримання, або копію постанови про застосування до нього іншого запобіжного заходу;
- ✓ давати показання і заявляти клопотання на своїй рідній мові, або іншій мові, якою він володіє;
- ✓ користуватися допомогою перекладача безоплатно;
- ✓ брати участь у проведенні слідчих дій, які проводяться за його клопотанням чи клопотанням його захисника;
- ✓ з дозволу дізнавача, слідчого брати участь у проведенні інших слідчих дій;
- ✓ знайомитись з протоколами слідчих дій, що проводяться з його участю та подавати на них зауваження;
- ✓ відмовитись давати показання щодо самого себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів;
- ✓ права підозрюваного при призначенні і проведенні судової експертизи:

1) ознайомлюватись з постановою про призначення судової експертизи;

2) заявляти відвід експерту;

3) заявляти клопотання про залучення в якості експерта вказаних ним осіб, або про проведення експертизи в конкретній експертній установі;

4) заявляти клопотання про постановку перед експертом додаткових запитань;

5) бути присутнім з дозволу слідчого при проведенні судової експертизи, давати пояснення експерту;

6) ознайомлюватись з матеріалами експертизи і висновком експерта, а також з протоколом допиту експерта;

7) заявляти клопотання про призначення додаткової або повторної експертизи;

- ✓ подавати скарги на дії (бездіяльність) і рішення дізнавача, слідчого, прокурора та суду, брати участь при розгляді суддею його скарг;
- ✓ брати участь в судовому засіданні при перевірці судом правомірності його затримання і при вирішенні питання про обрання щодо нього запобіжного заходу у вигляді взяття під варту ;
- ✓ права, обумовлені обранням щодо підозрюваного запобіжного заходу у вигляді взяття під варту:

а). вимагати від слідчого (дізнавача) вжиття заходів по забезпеченню збереження майна і житла підозрюваного;

б). одержувати інформацію про режим утримання під вартою, дисциплінарні вимоги, порядок подання пропозицій, заяв і скарг та інші права;

- ✓ захищати свої права іншими не забороненими законом засобами і способами;
- ✓ інші права.

4. В законі не визначено, з якого моменту особа, яка затримана за підозрою у вчиненні злочину набуває статусу підозрюваного. Оскільки фактичне затримання особи і складання протоколу затримання – це дії, які не співпадають у часі, тому затримана особа повинна набувати статусу підозрюваного з моменту процесуального оформлення такого затримання складанням відповідного протоколу. Це положення слід було б закріпити в законі.

МЕТОД ВІДСИЛОК ТА АНАЛОГІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ

Вовк І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. У процесі реалізації правових норм правозастосовні органи нерідко зустрічаються з різними видами відсилок до інших норм чинного законодавства.

Метод відсилок входить до системи правил та прийомів, що утворюють законодавчу техніку. В юридичній літературі склалась думка про те, що за допомогою цього методу досягається невеликий обсяг, компактність нормативного матеріалу, виключаються невиправдані повторення.

2. Техніку відсилок слід розглядати як один із засобів забезпечення оптимального співвідношення між внутрішньою формою права і його змістом.

Методом відсилок законодавець забезпечує:

а) визначеність (конкретність) правового регулювання;

б) логічний зв'язок і послідовність тексту. Це забезпечується, наприклад, відсилкою до норм права, що встановлюють винятки із загального порядку регулювання, або до нормативних актів, звернення до яких при застосуванні того чи іншого інституту необхідне тільки у певних випадках;

в) об'єднання нормативного матеріалу загальним змістом (одним предметом регулювання та актами однієї юридичної сили);

г) правильне поєднання правових норм, їх кращий огляд, доступність і полегшення користування ними. Так, цілком виправдано, при винесенні ухвали касаційною інстанцією (ст. 400² КПК України) додержуватися вимог ст. ст. 377, 379 КПК України;

д) стабільність законодавства. Відсилки роблять його динамічним, пристосованим до змін суспільних відносин.

3. З-поміж багатьох відсилок у кримінально-процесуальному праві зустрічаються наступні:

- ✓ відсилки до статей одного й того ж нормативного акта (ст. 144, ст. 145 КПК України), чи окремих частин статей (ст. 171 КПК України).
- ✓ відсилки до статей КК України (ст. 447 КПК України).
- ✓ відсилки, пов'язані з характером правового регулювання, до спеціальних норм права, які встановлюють винятки з певного порядку правового регулювання (ст. 422 КПК України).

Деякі правові норми містять різні види відсилок. Наприклад, ст. 27 КПК України, яка одночасно містить вказівки як на норми КПК України, так і КК України.

4. В юридичній літературі реалізація норм права, в яких вказані подібні відсилки, отримала назву «відповідного» застосування. Така назва зумовлена тим, що текст більшості норм містить формулювання «відповідно до статті…», «передбачених статтею» і т. п. Загалом, це зовнішня ознака, завдяки якій можливо визначити «відповідне» застосування норм права.

5. У той же час, слід звернути увагу на існування відсилок, що реалізуються за допомогою «спеціального встановлення аналогії закону». Власне цю форму відсилок слід відрізняти від аналогії закону.

З логічної точки зору спеціальна відсилка заснована на методі аналогії закріплюється в законі лише у випадках встановлення схожості суспільних відносин. Тому у юридичній літературі зазначають, що запровадження в праві аналогії закону та «відповідного застосування» є своєрідним методом організації правового регулювання суспільних відносин (В.О. Бєлоносов).

6. Це виражається в тому, що неврегульовані конкретними нормами права відносини отримують юридичну форму, подібну з формою врегульованих правом відносин.

За такої ситуації конкретні норми права, як і за наявності прогалин, також відсутні, однак їх юридична оцінка необхідна. Водночас відносини не потребують врегулювання за допо-

© Вовк І., 2011

могою аналогії. Це зумовлено тим, що вони враховані законодавцем, але навмисно не передбачені відповідними їх характеру нормами права. Законодавець з метою уникнення створення якщо не цілком тотожних, то текстуально подібних норм, приписує застосовувати норми права, які регулюють подібні відносини. Правозастосовний орган зустрічається вже з «навмисними» прогалинами, з «навмисно» встановленою аналогією для окремого відношення чи для цілої групи відносин. Цим характеризується специфіка організації правового регулювання за наявності спеціальних відсилок до аналогічних норм.

7. «Відповідне» застосування базується на передбаченні законодавцем конкретних суспільних відносин. Природа цих відносин встановлена. У певній частині вони безпосередньо врегульовані юридичними нормами. Проте детальна регламентація окремих сторін відносин відсутня.

Особливістю «відповідного» застосування, як вказує А.Ф. Черданцев, є те, що в цих випадках «існує аналогія, що ґрунтується на схожості, врахованій законодавцем, різних фактичних ситуацій».

8. На відміну від застосування аналогії, при «відповідному» застосуванні до завдань правозастосовного органу не входить вирішення питання про схожість чи несхожість відносин.

Отже, виокремлюючи «навмисну» аналогію закону в процесі реалізації юридичних норм, слід відмежовувати її від аналогії закону і способу заповнення прогалин в праві, враховуючи їх зовнішню подібність та різницю по суті.

«ПРАВО І ФАКТИ» У СУДІ ПРИСЯЖНИХ ЗАСІДАТЕЛІВ

Гринишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Однією із актуальних проблем, які виникають в умовах функціонування суду присяжних засідателів є розмежувати питання права і фактів між професійним суддею та колегією присяжних засідателів. Справедливо вказує Г.Н. Ветрова: «питання права і факту, як вони зазвичай називаються, - це питання про ті фактичні обставини реального життя, які співпадають із ознаками конкретної норми Кримінального кодексу».

2. Вважається, що теорія «права і факту» зародилась ще у Франції у період Великих революцій. Ряд вчених стверджує, що її початком є трактування відомої формули англійського загального права, сформованої у кінці XVI століття відомим юристом лордом Коком, «sicut ad quaestionem facti non respondent judicos, ita ad quaestionem juris non respondent juratores» (у перекладі – юристи не повинні вирішувати питання факту, так як і присяжні не повинні вирішувати питання права).

Суд присяжних у Європі був введений як зразок судочинства, де докази могли оцінюватись за внутрішнім переконанням, на відміну від правил оцінки формальних доказів, характерних для інквізиційного періоду. Ідеологи запровадження такого суду Монтеск'є, Вольтер, Бернарді, Беккаріа, Руссо вважали, що встановлення питання факту повинно здійснюватись тільки вибраними жеребкуванням особами, а питання права повинно бути виключною компетенцією судді. Вважалось, що компетенцією присяжних є питання про те, чи доказаний вчинок; якщо він доказаний, то суддя виносить покарання, яке передбачене законом за таке діяння, а для цього йому потрібні лише очі.

3. Питання права і фактів у суді присяжних є ключовим, на ньому базуються аргументи прибічників тієї чи іншої моделі цього інституту: класичної чи континентальної. Прихильники розділення функцій встановлення вини і призначення покарання між присяжними і професійними суддями, перш за все, вказують на незалежність рішення присяжних від впливу судді. Слід зазначати, що прибічники суду з єдиною колегією не сперечаються щодо доцільності винесення процесуальних рішень виключно суддею, але акцентують увагу на необхідності об'єднання народного і професійного елементів при винесенні остаточного рішення у справі. Вони стверджують, що поділ питань права і факту є абсурдним та зумовлює багато непотрібних проблем.

4. Що ж означає встановити питання факту в справі? Деякі автори у встановленні факту вбачають встановлення вини особи, інші – встановлення елементарних фактів, тобто явищ дійсності, відірваних від їх інтерпретації через закон. Винність може розумітись як психічне ставлення особи до скоєного – тобто як вина (умисел чи необережність) або як законно визначене поняття – яке включає склад злочину. Але і перше і друге поняття не є встановленням елементарного факту, а потребує спеціального юридичного дослідження матеріалів. Багато науковців стверджують, що встановлення факту винуватості особи суперечить самій природі функції суду присяжних, яка полягає в оцінці простих фактів, що не потребує спеціальних юридичних знань. Як свідчать історичні джерела, пошуки способів суворого поділу питань права і факту призводили до безмежної кількості питань, які ставились перед присяжними – доходило до 6000 і більше.

5. На практиці досі немає ясності про те, що вважати питанням факту, а що права. У доктринах різних держав існувало та існує багато точок зору на цю проблему. Багаторічний досвід підтвердив – чим суворіше суди намагаються поділити ці питання, тим гіршим є результат. Наприклад, Сенат Російської Імперії, а зараз і Верховний Суд Російської Федерації встановили заборону щодо вживання в питаннях, які ставляться перед присяжними, будь-яких юридичних термінів, тобто понять, які містяться в Кримінальному Кодексі, навіть якщо їх значення співпадає із побутовим – в тому числі «вбивство», «зґвалтування» та інші… Внаслідок цього судді намагаються формулювати запитання, які складаються з довгих описових

© Гринишин А., 2011

конструкцій (такі питання в Європі отримали назву евентуальних питань – від фр. evenuele – можливі питання). А це часто викликає логічну невідповідність і майже завжди незрозумілі та обтяжливі конструкції, тобто те, проти чого і вводилась заборона (проти ліквідації незрозумілого). А постановка суддею таких питань вимагає оцінки фактичних обставин справи, тобто це суперечить теорії чіткого поділу питань між суддею і присяжними.

6. Слід згадати те, що ще за часів судової реформи 1864 року одним з актуальних питань також було питання компетенції присяжних засідателів. Тобто чи є вони суддями права чи факту. В той час чіткої відповіді на це так і не вдалось знайти. Підтвердження вказаного знаходимо в ряді документів. Так, в пояснювальній записці до «Зводу судових установ», виданій Міністерством юстиції, зазначалось: «Процесуальна діяльність суду при здійсненні кримінального правосуддя складається з двох частин – встановлення фактичної сторони справи і застосування відповідної правової норми. Друге завдання належить виключно професійним суддям.». А в пояснювальній записці до «Статуту кримінального судочинства» містилось таке: «Комісія приходить до висновку, що присяжні засідателі, які окремо від коронного судді покликані вирішувати питання про винність чи невинуватість підсудного, вирішують ці питання з точки зору і права, і факту.». Таким чином, згідно одної записки присяжні повинні вирішувати виключно питання факту, а згідно іншої – вони повинні вирішувати фактичну сторону справи у зв'язку із правовою. На підтвердження цього А.М. Бобрищев-Пушкін писав: «Якщо пригадати, що поділ питань у суді на питання права і факту давно заперечений у теорії, а на практиці ніколи і не міг дотримувався, у зв'язку із неможливість здійснити такий поділ без шкоди для правильного вирішення справи, то стає зрозуміло, що думка присяжних засідателів про винність особи може виявитись – думкою щодо правового питання».

7. Спроби суворого поділу питань права і факту також стикалися із досить жорстоким осудом багатьох радянських вчених. Так, В. Палаузов писав: «Питання права і факту в багатьох випадках так тісно пов'язані між собою, так переплітаються одне з одним, що присяжним окрім факту приходиться вирішувати ще й юридичні питання, а коронні судді, окрім чисто правових, часто змушені вирішувати питання щодо фактичних обставин». Варто ще навести позицію відомого дослідника суду присяжних засідателів С.А. Хрульова, який писав: «Присяжні засідателі не юристи і тому, очевидно, не можуть розуміти всіх юридичних термінів та формулювань закону, але це ще не означає, що всі терміни і визначення є незрозумілі для маси народу … . Часто «загальновживані» вислови є менш зрозумілими, ніж юридичні терміни та норми закону.

Солідарні із вказаними позиціями і багато сучасних вчених-юристів (як вітчизняні так і зарубіжні), які займаються вивченням та аналізом проблем діяльності суду присяжних засідателів.

8. Очевидно, що неможливо в суді за участю присяжних засідателів чітко поділити питання на суто правові і суто фактичні, можна лише на питання, які стосуються вини і питання, які стосуються призначення покарання. Вважаємо, що і питання права, і питання факту розглядаються присяжними засідателями, але лиш в такій мірі, наскільки це необхідно для вирішення питання про винність особи. Відділення питань факту від питань права загалом є неможливим, так як судження про факти у сфері кримінального процесу завжди містять у собі юридичні елементи і, навпаки, для вирішення питань права часто треба звертатись до встановлення факту. Саме тому професійний суддя в певній мірі бере участь у процесі оцінки фактів, а присяжні засідателі мають знати певні закони і юридичні основи, які відносяться до справи і мають значення для оцінки доказів по справі;

9. Проблеми «права і фактів» у суді присяжних вирішуються на підставі теорії «вини і покарання». Відповідно до якої присяжні засідателі вирішують питання про вину у повному обсязі як з фактичного боку, так і з юридичного (правового). А професійний суддя вирішує питання про покарання підсудного, при цьому використовує необхідні йому фактичні дані та правові положення (норми закону).

ОБМЕЖЕННЯ ВОЛІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ У ВІДПОВІДНОСТІ ДО ПОЛОЖЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.

Гузела М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Конституція України закріплює презумцію свободи і допускає можливість її обмеження тільки у виняткових випадках і тільки на той термін, на котрий це необхідно в кримінальному судочинстві. Зокрема ст..29 Конституції України проголошує право особи на свободу та особисту недоторканість. У відповідності до вказаної норми кожна особа користується свободою і особистою недоторканістю в межах її правомірної поведінки. Тому арешт та тримання особи під вартою здійснюється за наявності чітко визначених кримінально-процесуальним законом умов і виключно на підставі судового рішення. При цьому кожен затриманий чи заарештований користується правом оскарження свого арешту чи затримання в суді і при встановленні незаконності має право на відшкодування за рахунок держави моральної та майнової шкоди. Вищезазначене положення Конституції в певній мірі є продовженням положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Ст.5 Конвенції чітко встановлює підстави для обмеження права особи на свободу і особисту недоторканість, за наявності яких тимчасове позбавлення волі у вигляді затримання чи взяття під варту слід вважати законним або ж правомірним. Зокрема, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод визначає обмеження волі в кримінальному процесі насамперед як: а) Законне позбавлення волі особи після її засудження компетентним судом; б) законний арешт або ж затримання особи за невиконання законного рішення суду або ж для забезпечення виконання передбаченого законом обов"язку; в) законний арешт або ж затримання особи з метою забезпечення її явки до компетентного органу держави або ж для забезпечення її належної поведінки після вчинення злочину; г) затримання неповнолітньої особи на підставі законного розпорядження з виховною метою або ж з метою забезпечення присутності цієї особи перед компетентним органом держави; д) законне тримання особи з метою запобігання поширенню небезпечних захворювань, а також затримання психічно хворих, алкоголіків, наркоманів, бродяг; е) законний арешт чи затримання особи, здійснені з метою запобігти її незаконному в"їзду в країну, або ж арешт чи затримання особи, стосовно якої вживаються заходи екстрадиції або депортації. Аналогічні вимоги з дещо більшою конкретизацією встановлює ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права.

В чинному кримінально-процесуальному законодавстві України зазначено, що позбавлення волі особи в межах кримінального процесу має місце у вигляді затримання підозрюваного, взяття під варту та утримання під вартою підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого. Кримінально-процесуальний кодекс України передбачає також специфічні заходи процесуального примусу: привід; заборона особам, які знаходяться в приміщенні, де проводиться обшук, покидати його до завершення цієї слідчої дії; поміщення обвинуваченого до медичного закладу для проведення судово- медичної експертизи. Однак, зазначені заходи процесуального примусу, які є підставами для обмеження волі особи за чинним КПК України, чітко не визначаються ні Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, ні рішеннями Європейського Суду з прав людини.

Однак, аналіз практики Європейського Суду з прав людини свідчать про те що привід як підстава обмеження волі особи підпадає під дію п.1 (b) ст. 5 Конвенції, а саме: затримання з метою забезпечення виконання обов"язку регламентованого законом. Привід вважається пов"язаний з обов"язком свідка, потерпілого, обвинуваченого або ж підозрюваного своєчасно з"явитися до органу дізнання, слідчого чи суду. Стосовно ж заборони особам, які знаходяться в приміщенні, де проводиться обшук, покидати це приміщення до завершення слідчої дії, то така заборона немає відношення до позбавлення волі в контексті ст..5 Конвенції, оскільки не

© Гузела М., 2011

підпадає ні під дефініцію "затримання", ні під дефініцію "арешту". Для того, щоб визначити, чи позбавлена волі особа в цьому випадку, необхідно виходити із конкретних обставин проведення слідчої дії а також враховувати всі критерії (термін обмеження волі, наслідки, умови). Немає також підстав вважати що поміщення обвинуваченого у медичний заклад для проведення судово-медичної експертизи охоплюється ст.. 5 Європейської конвенції, оскільки, таке поміщення пов"язане з проведенням такої слідчої дії як призначення експертизи.

Неспівпадіння положень Європейської конвенції та практики Європейського Суду з прав людини стосовно обмеження волі особи, з однієї сторони, з регламентацією тимчасового позбавлення волі особи у чинному кримінально-процесуальному законодавстві України, з іншої сторони, породжує тим самим часті звернення громадян України до Європейського Суду з прав людини, в котрих заявники аргументовано звертають увагу на порушення положень ст. 5 Конвенції у випадку обмеження їхньої волі в кримінальному процесі України. Узагальнюючи рішення Європейського Суду з прав людини в яких констатувалось порушень положень ст.5 Конвенції можна окреслити певне коло вимог, недотримання яких при обмеженні волі при затриманні, взятті під варту чи продовженні термінів перебування під вартою порушує закріплене Конвенцією право на свободу та особисту недоторканість. Так, першою необхідною умовою винесення судом рішення про арешт особи являється наявність обґрунтованої і розумної підозри у вчиненні злочину. Розумна підозра у відповідності до Конвенції означає наявність фактів або інформації, які переконали об"єктивного спостерігача в тому що конкретна особа могла вчинити злочин. При цьому, самого факту, що підозра являється добросовісною є недостатньо. Друга необхідна умова дотримання ст.5 Конвенції визначається необхідністю неухильного дотримання відповідності рішень судів вимогам кримінально-процесуального законодавства України. Так, непоодинокими є випадки затримання підозрюваних чи взяття під варту обвинувачених без чітко визначеної юридичної підстави та з порушенням кримінально-процесуальної процедури. У зв"язку з цим Європейським Судом з прав людини було наголошено: "необґрунтоване затримання особи являє собою повне відкидання важливих фундаментальних гарантій які містяться в ст.5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Наприклад, відсутність протоколу затримання або ж відсутність у протоколі вказівки на такі реквізити як дата, час та місце затримання, ім"я затриманого, підстави затримання, прізвище, ініціали та повноваження особи, яка здійснила затримання, розглядається як певний відступ від вимоги законності і мети ст.5 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод".

ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Єзерський Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Варто зазначити, що традиційний, вузькопредметний підхід до вирішення проблем криміналістичної тактики вказує на необхідність вдосконалення не тільки власне тактичних прийомів і рекомендацій, але і в цілому системи їх практичної реалізації в процесі розкриття і розслідування злочинів.

Системний, комплексний підхід до вирішення відповідних проблем, що знайшов своє вираження в понятті і змісті криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів, дозволив виявити закономірні, об'єктивно обумовлені взаємозв'язки в розвитку правових, організаційних, науково-технічних, методичних і інших проблем криміналістичної тактики.

Найдосконаліші, науково обґрунтовані тактичні прийоми і рекомендації, як відомо, малозначні для практики, якщо відсутні або недосконалі правові основи їх застосування, якщо їх можливостям не відповідає рівень організації їх впровадження в практику і освоєння суб'єктами розкриття і розслідування злочинів. Інакше кажучи, всі ці проблеми повинні розв'язуватися в системі їх взаємозв'язків і взаємообумовленостей, що дозволяє запропонувати практиці системно узгоджені тактичні прийоми, рекомендації і механізми їх практичної реалізації.

Враховуючи той факт, що в криміналістиці поки немає єдності думок про поняття і зміст криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів, можна запропонувати визначення даної категорії як своєрідного виду діяльності, спрямованого, з одного боку, на створення умов постійної готовності суб'єктів розкриття і розслідування злочинів до використання з цією метою криміналістичних методів і засобів, а з іншого – на практичну реалізацію таких умов в повсякденній практиці розкриття і розслідування злочинів. Інакше кажучи, ця діяльність має два рівні: творчий (або організаційно-правовий) і практичний (або діяльнісний).

Тактико-криміналістичне забезпечення, будучи складовою частиною в цілому криміналістичного забезпечення, припускає на першому (творчому) рівні розробку тактичних прийомів і рекомендацій, організаційне і правове забезпечення їх впровадження в слідчу практику, професійну криміналістичну підготовку суб'єктів розкриття і розслідування злочинів. Сформульовані таким чином умови «постійної готовності» знаходять своє вираження в процесі і результатах розкриття і розслідування злочинів, тобто на другому (практичному або діяльнісному) рівні.

Очевидно, що тактико-криміналістичне забезпечення розкриття і розслідування злочинів є новим напрямом в дослідженні проблем криміналістичної теорії і практики. Є всі підстави стверджувати про окрему криміналістичну теорію, що формується, знаходиться у взаємозв'язку з рештою окремих теорій і вчень науки криміналістики. З цих позицій в даній роботі розглядається відношення тактико-криміналістичного забезпечення, в запропонованому трактуванні, його поняття і змісту, до предмету даної науки. При цьому цілком обґрунтовано необхідно закцентувати увагу на соціальних завданнях і функціях криміналістики, що припускають популяризацію її знань, їх впровадження в практику розкриття і розслідування злочинів, зокрема через законотворчий процес, шляхом формування в суспільній свідомості необхідності і можливості використання її досягнень в боротьбі із злочинністю.

Ключове значення в тактико-криміналістичному забезпеченні розкриття і розслідування злочинів мають тактичні прийоми і рекомендації. Рівень їх досконалості, наукової обґрунтованості і практичної раціональності залежить, з одного боку, від ефективності використання досягнень інших гуманітарних і природних наук, а з іншого – від рівня і стану розвитку самої криміналістики. Кожен розділ криміналістики має свої специфічні завдання і використовує переважно досягнення певної групи інших наук, їх подальший розвиток характеризується активізацією внутрішньо-наукових інтеграційних процесів. Закономірності, що виявляються при цьому, свідчать про реальні можливості впорядкування класифікації тактичних прийомів і, що не менш ва-

© Єзерський Р., 2011

жливо, детальнішої розробки рекомендацій щодо їх застосування. У працях науковців-криміналістів згадується близько двадцяти різних класифікацій тактичних прийомів. Але стверджується, що фактично відсутні (і в науковій, і в навчальній літературі з криміналістики) конкретні рекомендації щодо їх освоєння і застосування суб'єктами розкриття і розслідування злочинів. Поки немає підстав говорити про наявність науково обґрунтованих методик формування у слідчих, дізнавачів і оперативних працівників навиків і умінь використання таких прийомів.

Варто погодитися з думкою науковців-криміналістів про те, що криміналістична тактика в своєму розвитку виявилася найбільш консервативним розділом криміналістики. Гуманітарні науки (психологія, логіка, педагогіка тощо), на досягненнях яких в основному базуються її багато положень, менш динамічні, ніж науки природничі і технічні. До того ж реалізація їх досягнень в криміналістичній теорії і практиці багато в чому залежить від так званого людського фактора. А людина за своєю природою протягом століть залишається однією і тією ж з погляду її інтелектуальних здібностей і функціональних можливостей. Вони в багато разів зростають, якщо людина (в даному випадку слідчий, дізнавач, оперативний працівник) бере на озброєння сучасні досягнення науково-технічного прогресу, трансформовані в систему криміналістичних знань.

В зв'язку з цим як досить позитивне явище, варто зазначити стійку тенденцію все більш активного освоєння криміналістичною тактикою можливостей сучасних інформаційних технологій. Цей процес за своїм змістом характеризується взаємопов'язаним вирішенням організаційних, правових, науково-технічних проблем, зрештою, що не важко відзначити, що визначають зміст в цілому тактико-криміналістичного забезпечення.

Аналіз практики тактико-криміналістичного забезпечення дозволив виявити негативні обставини, що негативно впливають на реалізацію сучасних, науково-обґрунтованих тактичних рекомендацій в процесі розкриття і розслідування злочинів. Вони стосуються непослідовності і суперечності деяких положень КПК України, вкрай низького рівня професіоналізму, зокрема тактико-криміналістичної підготовки суб'єктів розкриття і розслідування злочинів. Більшість (якщо не абсолютна) опитаних практичних працівників мають лише загальне уявлення про систему тактико-криміналістичних знань, про поняття і категорії тактики, не кажучи вже про навики і уміння застосовувати тактичні прийоми для вирішення слідчих ситуацій, організовувати і проводити тактичні комбінації, операції.

Таким чином, є всі підстави резюмувати: - при розробці питань тактико-криміналістичного забезпечення розкриття і розслідування злочинів спектр використання знань з інших галузей наук досить різноманітний і широкий. Він включає досягнення природних, технічних, гуманітарних та правових наук.

З позицій криміналістики, теоретичний аналіз досягнень вказаних наук, свідчить про можливості їх використання у вдосконаленні різних раніше визначених елементів тактико-криміналістичного забезпечення, на обох його рівнях, (створення умов постійної готовності і їх реалізація в практичній діяльності щодо розкриття і розслідування злочинів), хоча в різних формах.

Наукове узагальнення, аналіз практики розкриття і розслідування злочинів відіграє подвійну роль у вдосконаленні тактико-криміналістичного забезпечення. На цій основі, з одного боку, удосконалюються організація, правове регулювання процесу розслідування, методичні рекомендації, тактичні прийоми тощо, а з іншого - сформований таким чином сукупний досвід використовується в процесі криміналістичної підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації співробітників правоохоронних органів. Саме цей досвід і є одним з джерел розвитку тактико-криміналістичного забезпечення.

В зв'язку з цим завдання криміналістики, з одного боку, розробляти нові, удосконалювати наявні тактичні прийоми і рекомендації і впроваджувати їх в слідчу практику, а з іншого - науково обґрунтовувати, доводити необхідність і можливості вдосконалення системи кримінально-процесуального судочинства, особливо щодо доказів і процесу доказування. У рішенні цих завдань досить продуктивний підхід, який вже позначився в криміналістичній літературі, суть якого полягає у вирішенні проблем криміналістичної тактики на шляху активнішого використання можливостей криміналістичної техніки, зокрема для фіксації вербальної криміналістично-значущої інформації.

ДЕЯКІ КРИМІНАЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНУ, ВЧИНЕНОГО СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ

Жолнович І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Корупція, злочини у комерційній сфері (комерційний підкуп, фіктивні банкрутства та ін.), силові захоплення підприємств, махінації з бюджетними коштами, грубі порушення нормативно-правового характеру в сфері управління, виконавчої та судової влади – все це можна об'єднати у криміналістиці під поняттмя злочини, пов'язані з професійною діяльністю.

Вказані правопорушення, хоч і є різними за певними кримінально-правовими ознаками, але перебувають у тісному взаємозв'язку, і мають деякі спільні та подібні ознаки, пов'язані з їх розслідуванням (елементи криміналістичної характеристики, версії, слідчі ситуації, тактичних особливостях проведення окремих слідчих дій).

Спочатку проаналізуємо подібні елементи криміналістичної характеристики таких видів злочинів, як спрямовуючої категорії щодо процесу розслідування.

1. Перша подібність полягає у наявності спеціального суб'єкта злочину (учасники певного виду діяльності (виробничої, комерційної та ін.), керівники юридичних осіб, посадовці, керівники структурних підрозділів і т.п.). Вони вчиняють злочин самостійно, або у співучасті з іншими особами, які можуть мати і не мати відношення до матеріальних ресурсів, надання послуг.

2. Злочини вчиняються шляхом порушення правил нормативного характеру, які встановлюють порядок та умови відповідного роду діяльності, регламентують права та обов'язки суб'єктів.

Такі нормативи встановлюють рамки обов'язкової правомірної діяльності цих суб'єктів у процесі здійснення ними своїх функцій. До таких нормативів відносяться закони, державні стандарти, норми та правила (санітарні, будівельні, виробничі та ін.).

3. Механізм порушення встановлених правил можна розглядати в двох аспектах: а) злочинна поведінка працівників, які безпосередньо беруть участь у виробничому процесі, наданні послуг, яка найчастіше проявляється у формі бездіяльності; б) злочинна поведінка посадових осіб, керівників, відповідальних за підготовку, організацію діяльності юридичної особи, її структурних підрозділів, яка проявляється у форму активних дій.

4. Мотиви дій правопорушників також можна розглянути з двох сторін. По-перше, одна їх частина характеризується корисливими мотивами (хабарництво, розкрадання посадовими особами). По-друге,можуть бути і інші мотиви (кар'єризм, небажання мати додаткові турботи та ін.).

5. Основними типовими джерелами інформації, які використовуються для розкриття злочинів, пов'язаних з професійною діяльністю виступають: а) працівники і документи вказаних підприємств, державних органів; б) знаряддя праці, механізми, транспорт і інші матеріальні засоби, які виступають як предмети, результати вказаної діяльності і засоби реалізації її мети; в) заключення і показання спеціалістів, які здійснювали документальні і інші перевірки, службові розслідування, висновки судових експертиз.

6. Одним з ключових засобів досягнення злочинного результату є інсценувальна діяльність, яка направлена приховання, вуалізацію незаконного характеру діяльності, або створення видимості діяльності, яка здійснюється на ніби законній основі.

Зазначені елементи криміналістичної характеристики злочинів, пов'язаних з професійною діяльністю, визначають і подальшу подібність, і відмінність організаційних, техніко-криміналістичних, тактико-криміналістичних і методико-криміналістичних основ виявлення і розкриття злочинів даної категорії.

© Жолнович І., 2011

ПРАВО НА ЗАХИСТ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ НИМ: ЩОДО КІЛЬКОСТІ ЗАХИСНИКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Іванюк І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з найважливіших засад кримінального судочинства, основною гарантією об'єктивного розгляду справи та запобігання притягненню до кримінальної відповідальності невинуватих осіб є забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому та виправданому права на захист. Згідно ст. 16-1 КПК України захист підсудного здійснює сам підсудний, його захисник або законний представник.

Між тим, як і будь-яке право - право на захист може стати зброєю для зловживання ним. Під зловживанням правом на захист ми розуміємо винне діяння підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого чи їх захисника з приводу реалізації наданих їм прав при здійсненні захисту від обвинувачення у кримінальному процесі, яке хоч формально відповідає змісту наданого їм суб'єктивного права, однак виходить за межі його здійснення і спрямоване проти інтересів правосуддя та/чи процесуальних прав інших учасників процесу.

Одним із поширених способів зловживання правом на захист слід визнати залучення великої кількості захисників до участі у справі. Чинний кримінально-процесуальний закон не регулює кількості адвокатів, які можуть бути допущені до участі у справі для захисту інтересів однієї особи. Участь у справі декількох адвокатів створює для слідчого й суду додаткові труднощі при проведенні окремих слідчих (судових) дій, та провадженні у кримінальній справі загалом. Наприклад, коли з метою затягування розгляду справи кожен із адвокатів знайомиться зі справою у повному обсязі, заявляє клопотання про відкладення проведення ряду процесуальних дій, що в результаті призводить до порушення процесуальних строків розгляду справи.

Обмеження кількості допущених до захисту адвокатів існує у законодавстві ряду країн. У справі Ensslin and Others v Germany Європейський суд з прав людини прийшов до висновку, що обмеження кількості допущених в суд адвокатів (не більше трьох) відповідає ст. 6(3) (c) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Між тим, у чинному КПК України дане питання не врегульоване. Не приділено уваги вирішенню вказаної проблеми і в проекті КПК України. Враховуючи наведене, з метою запобігання випадкам зловживання процесуальним правом на захист вважаємо за необхідне внести у чинний КПК України зміни, які б обмежили максимальну кількість адвокатів, які можуть брати участь у захисті однієї особи. При цьому погоджуємось із думкою Ф. Багаутдінова, що за загальним правилом для захисту однієї особи достатньо участі одного адвоката. Збільшення кількості адвокатів можливе за наявності таких обставин, як складність кримінальної справи, тяжкість пред'явленого обвинувачення, кількість епізодів злочинної діяльності, обсяг і кількість матеріалів справи, кількість слідчих та інші обставини. Питання про допуск більшої кількості адвокатів повинен вирішувати слідчий та суддя у кожному конкретному випадку на підставі клопотання особи чи її адвоката з правом подальшого оскарження відмови у його задоволенні.

У ст. 44 КПК України передбачена можливість залучення до участі у справі в якості захисника близьких родичів, опікунів або піклувальників за заявою обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого про їх допуск до участі в справі як захисників. П. 11 ст. 32 КПК України визначає перелік осіб, які відносяться до близьких родичів, зокрема це батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки. Визначений законодавцем перелік близьких родичів є досить широким. В обвинуваченого можуть бути не лише батьки й подружжя, але й декілька рідних сестер та братів, дідів та бабусь, які можуть виявити бажання взяти участь у його захисті. Найчастіше, якщо підсудний перебуває під вартою, близькі родичі вступають у справу в якості захисника для отримання можливості необмежених побачень із ним. Проте не володіючи правовими знаннями та методикою захисту, вони часто створюють труднощі у діяльності адвоката для захисту інтересів підсудного, а залучення величезної кількості близьких

© Іванюк І., 2011

родичів створює можливості для зловживання правом на захист: процес розгляду справи перетворюється на театралізоване дійство, де кожен із родичів може вимагати реалізації його права на ознайомлення із матеріалами справи, вирішення безпідставних клопотань, заслуховування численних думок, що переважно призводить до необґрунтованого затягування розгляду справи.

Чинним законодавством України кількість близьких родичів, які можуть допускатись до участі у справі в якості захисників також не визначена. Законодавець Російській Федерації та Республіки Білорусії, розуміючи небезпеку такої невизначеності, обмежив кількість осіб, які не являються професійними адвокатами і допускаються до участі у справі в якості захисника до однієї особи. Цікавими видаються положення ст. 49 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації та ст. 49 Кримінально-процесуального кодексу Республіки Узбекистан, які дозволять участь у справі не лише близьких родичів, але й інших осіб за клопотанням обвинуваченого при одночасній участі професійного адвоката. При цьому законодавством РФ не визначено моменту допуску таких осіб до виконання функцій захисника, однак обов'язковою умовою для їх участі є одночасна участь у захисті професійного адвоката. У правовій літературі не існує однозначної думки щодо моменту допуску близьких родичів обвинуваченого як захисників до участі у справі. Зокрема в Україні такі допускаються до участі у справі з моменту пред'явлення обвинуваченому для ознайомлення матеріалів досудового слідства. Одні науковці вважають, що допуск на такій стадії судочинства може призвести до порушення їх прав та прав обвинуваченого, зокрема слідчий може розпочати їх допит у якості свідків у даній кримінальній, після чого вони не зможуть взяти участь у справі в якості захисника. Інші ж вбачають позитивний момент у залучені таких осіб лише на стадії ознайомлення з матеріалами справи, що надає можливість професійному адвокату приймати участь у слідчих діях одноособово, не відволікаючись на непрофесійні дії та відсутність правових знань з боку близьких родичів, які у своїх діях нерідко керуються емоціями. Укладачі проекту КПК України в редакції від 13.12.2007 р. за № 1233 у ст. 49 пропонують закріпити положення, яке б унеможливлювало участь близьких родичів як захисників у справі, фактично зводячи захист до професійної діяльності адвоката та іншого фахівця права. На наш погляд, участь адвоката у кримінальній справі в якості захисника ґрунтується на засадах надання професійних знань, в той час як участь близьких родичів ґрунтується на довірі. Участь близьких родичів у проведенні слідчих дій та під час розгляду справи іноді має позитивний вплив на особу, яка перебуває у статусі обвинуваченого, оскільки вони користуються його довірою, допомагають подолати психологічний бар'єр та можуть здійснювати певний контроль за поведінкою підзахисного. А тому вважаємо за доцільне використати досвід РФ й шляхом внесення змін до КПК України обмежити кількість осіб, які не є професійними адвокатами і допускаються до участі у справі в якості захисника, до однієї особи.

ОЦІНОЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДДІ ПРИ ПРИЙНЯТТІ НИМ РІШЕННЯ ПРО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ В СТАДІЇ ПОПЕРЕДНЬОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ

Калужинський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Чинним кримінально – процесуальним законодавством України передбачено процесуальний порядок проведення попереднього розгляду кримінальної справи, визначено питання, які підлягають з′ясуванню суддею при попередньому розгляді та встановлено, які рішення може прийняти суддя за результатами попереднього розгляду. Так, одним із таких рішень законодавець визначає закриття кримінальної справи. Питання про закриття кримінальної справи суддею досліджувалося кримінально – процесуальною наукою в різні часові періоди та вирішувалось в ході науково – прикладних дискусій не завжди однозначно. Водночас, недостатньо уваги приділялося питанню закриття кримінальної справи суддею саме на такому етапі кримінального судочинства як – попередній розгляд кримінальної справи. Як наслідок, малодослідженою залишилась діяльність судді щодо встановлення наявності чи відсутності підстав для закриття кримінальної справи при попередньому розгляді, а саме її оціночний аспект, що зумовлений вивченням та оцінкою матеріалів кримінальної справи суддею при з′ясуванні наявності чи відсутності підстав для закриття кримінальної справи. Саме тому, окреслення змісту оціночної діяльності судді при вирішенні питання про закриття кримінальної справи на такому етапі кримінального судочинства, як попередній розгляд кримінальної справи, є актуальним і потребує поглибленого вивчення.

1. Визначаючи характер діяльності судді при з′ясуванні ним наявності чи відсутності підстав для закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду важливим є встановлення самої кримінально – процесуальної сутності закриття кримінальної справи, як процесуального інституту кримінального судочинства. Водночас, в процесуальній науці з цього приводу існують різноманітні підходи. Проаналізувавши позиції провідних науковців, які займалися вивченням інституту закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду, слід підкреслити, що насамперед відсутнє єдине наукове бачення функціонального призначення закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду та можливості його застосування за наявності для цього підстав саме в цій стадії кримінального процесу, не затягуючи розгляд справи та порушуючи права обвинуваченого, шляхом призначення кримінальної справи до судового розгляду. Якщо не вдаватись в аналіз запропонованих у літературі визначень, то як видається, найбільш правильним є розуміння закриття кримінальної справи на стадії попереднього розгляду справи суддею – як прийняття суддею рішення про заборону стороні обвинувачення щодо конкретного обвинуваченого здійснювати подальшу діяльність по підтриманню обвинувачення в судовому розгляді справи та доведенню його вини в інкримінованому йому злочині. У зв’язку з цим, в подальшому, діяльність судді в стадії попереднього розгляду кримінальної справи при вирішенні питання про наявність чи відсутність підстав для закриття справи для буде розглядатися як визначення можливості застосування засобу прийняття заборони стороні обвинувачення щодо конкретного обвинуваченого здійснювати подальшу діяльність по підтриманню обвинувачення в судовому розгляді справи.

2. Діяльність судді в стадії попереднього розгляду окреслюється певним переліком питань, які повинен з’ясувати суддя при попередньому розгляді кримінальної справи, який чітко визначений законодавцем в статті 237 КПК України та з’ясовується суддею в логічній послідовності. Відповідно, з’ясувавши, що справа підсудна даному суду, суддя з’ясовує чи немає підстав для закриття кримінальної справи. Законодавець передбачив право судді в стадії попереднього розгляду справи приймати рішення про закриття кримінальної справи з усіх загальних (вичерпно визначених в КПК України) та спеціальних (вичерпно вказані в Особливій частині КК України) підстав.

© Калужинський О., 2011

Однак, враховуючи специфіку з′ясування кожної групи підстав для закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду постає питання можливості прийняття суддею рішення про закриття кримінальної справи з усіх підстав. Очевидно, встановлюючи наявність реабілітуючих підстав для закриття кримінальної справи (такі, в силу яких особа визнається невинною у вчиненні злочину, реабілітованою, або які вказують, що злочину не було), суддя в стадії попереднього розгляду справи аналізує матеріали кримінальної справи (процесуальні документи, довідки, характеристики, заяви, повідомлення, клопотання та інше), в тому числі зібрані по справі докази, заслуховує клопотання учасників кримінального процесу, тим самим здійснює оціночну діяльність, спрямовану на з′ясування цих підстав для закриття справи. І такі підстави, у разі їх наявності, можливо встановити за результатами такої діяльності судді. Це підтримано і проектом КПК України, внесеним народними депутатами Мойсиком В.Р. та Вернидубовим І.В., зареєстрованим як законопроект 13.12.2007 року за №1233. (надалі - проект КПК України), та передбачено можливість закриття кримінальної справи за реабілітуючими обставинами в стадії попереднього розгляду. Закриття суддею кримінальної справи в стадії попереднього розгляду з так знаних «процесуальних підстав» (не зачіпають питання про винуватість чи не винуватість обвинуваченого) також має право на існування саме в тій стадії кримінального процесу. Суддя, здійснюючи оцінку матеріалів кримінальної справи, зможе встановити наявність чи відсутність відповідного процесуального документу по тому ж факту чи обвинуваченню (вирок суду, постанова про закриття справи, постанова про закриття кримінальної справи) та його змісту. Натомість сумніву підлягає можливість закриття кримінальної справи суддею в стадії попереднього розгляду за нереабілітуючими підставами (за наявності складу злочину тягнуть за собою звільнення особи від кримінальної відповідальності, звільняють від відповідальності та покарання особу, винну у вчиненні злочину). В даному випадку, судді необхідно встановити подію та склад злочину, перевірити чи зібрані всі необхідні дані, які підтверджують наявність нереабілітуючої підстави для закриття справи, та відповідно до ч.3 ст. 7-1 КПК отримати згоду обвинуваченого на закриття справи за такою підставою. Однак, обмежений встановленим процесуальним порядком дій в стадії попереднього розгляду справи, суддя не зможе з′ясувати в цій стадії подію та склад злочину, встановити всі дані, які підтверджують наявність нереабілітуючої підстави для закриття справи, отримати згоду обвинуваченого про закриття справи за такою підставою навіть з цієї причини, що участь обвинуваченого в попередньому розгляді справи не є обов’язковою. Закриття кримінальної справи за нереабілітуючих підстав, на нашу думку, можливе лише у судовому розгляді справи, коли судді для з′ясування нереабілітуючих обставин встановлені необхідні умови. Непродуманість цього питання залишається і в проекті КПК України, який передбачає можливість закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду з нереабілітуючих підстав.

3. Діяльність судді в стадії попереднього розгляду кримінальної справи носить оціночний характер, спрямований на встановлення наявності чи відсутності підстав (обставин) для вирішення питання про закриття кримінальної справи. Більше того, саме кримінально – процесуальним законодавством на суддю покладається обов’язок проводити дослідження питання, чи не має жодних підстав для закриття справи, що не може обійтися без оцінки матеріалів кримінальної справи. При цьому обсяг оціночної діяльності судді залежить від того, до якої з цих груп належить та чи інша підстава.

Законодавець, надаючи право судді в стадії попереднього розгляду справи з’ясовувати реабілітуючі обставини, фактично обумовив необхідність здійснення оцінки доказів. З’ясування питань про відсутність події злочину чи про відсутність у діянні складу злочину потребує обов’язкової оцінки доказів, які вказують на ці обставини. Відтак, з′ясовуючи наявність реабілітуючих обставин, суддя зобов’язаний оцінити докази, що вказують на дійсні та фактичні обставини справи, тобто розкривають елементи предмету доказування у кримінальній справі. В такому випадку оціночна діяльність суді в ході попереднього розгляду полягає в аналізі ним постанови про порушення кримінальної справи, постанови про притягнення як обвинуваченого, обвинувального висновку, показань обвинуваченого, потерпілого, свідків, протоколів слідчих дій, що дають змогу встановити фактичні обставини справи. За наявності встановлення в цих матеріалах кримінальної справи підстав, які вказують на відсутність події чи складу злочину, суддя, керуючись своїм внутрішнім переконанням та оцінюючи клопотан-

ня учасників процесу з приводу закриття кримінальної справи, має право прийняти рішення про закриття кримінальної справи. Прийняття суддею такого рішення за наявності реабілітуючих обставин повинно свідчити про проведену суддею оцінку матеріалів справи та доказів в частині з′ясування обставин події та суб'єктивної сторони складу злочину.

4. При розгляді суддею наявності підстав для закриття кримінальної справи, які входять в групу «нереабілітуючих підстав» (в більшості випадків в суд надходить постанова про направлення кримінальної справи до суду для вирішення питання про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності) його діяльність також має бути спрямована на оцінку доказів, проте в більш ширшому, ніж в попередньому, аспекті. Для закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду за нереабілітуючих підстав (п.4 ч.1 ст. 6, п.8 ч.1 ст. 6, а також передбачені ст. 7-11´ КПК) необхідно встановити подію та склад злочину, довести вину конкретного обвинуваченого у вчиненому злочині, зібрати всі необхідні дані, які підтверджують наявність нереабілітуючої підстави для закриття справи, та отримати згоду обвинуваченого на закриття справи за такою підставою. В такому разі суддя повинен надати аналіз кожному окремому документу, що міститься в матеріалах справи, постанові про направлення кримінальної справи до суду для вирішення питання про звільнення обвинуваченого від кримінальної відповідальності, перевірити достатність та належність даних, які підтверджують наявність нереабілітуючої підстави для закриття справи, з′ясувати можливість прийняття іншого рішення, якщо з матеріалів справи суддя вбачає підстави для його прийняття. Очевидно, встановити такий спектр необхідних умов для закриття справи з нереабілітуючих підстав, суддя в стадії попереднього розгляду не може. Належне з′ясування таких підстав можливе лише в судовому розгляді справи, при проведенні судового слідства, коли суддя зможе дослідити докази безпосередньо шляхом проведення відповідних допитів, в тому числі допитати підсудного, отримати його згоду на закриття кримінальної справи, яка має бути добровільною та законною.

5. Що стосується «процесуальних підстав» для закриття кримінальної справи в стадії попереднього розгляду, то при їх з′ясуванні суддя оцінює матеріали кримінальної справи з приводу наявності чи відсутності відповідних процесуальних документів в кримінальній справі (вирок по тому ж обвинуваченню, що набрав законної сили, ухвала чи постанова органу дізнання, слідчого, прокурора, суду про закриття справи по тому ж обвинуваченню, нескасована постанова органу дізнання, слідчого, прокурора про відмову в порушенні справи). Крім цього, суддя повинен встановити як процесуальний характер такого документу та і його зміст. Так, суддя з′ясовує ким та коли винесений процесуальний документ, його чинність на момент попереднього розгляду справи (щодо вироку суду – коли вирок набрав законної сили), наявність в матеріалах справи його оригіналу чи копії, наявність подібних предмету та об'єкту посягання, стосується цей документ того ж обвинувачення та тих обвинувачений, стосовно яких проводиться попередній розгляд справи. В залежності від результатів дослідження цих питань, суддя вправі прийняти рішення про закриття справи.

ПРО ВИДИ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ХАРАКТЕРИСТИК ЗЛОЧИНІВ

Калужна О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із дискусійних питань концепції криміналістичної характеристики злочинів з моменту її становлення і до сьогодні є підходи науковців до класифікації (виділення видів) криміналістичних характеристик окремих категорій злочинів. Остання, як і будь-яка класифікація, передбачає диференціацію криміналістичних характеристик злочинів на більші чи менші за обсягом інформації, виходячи з певного критерію. При цьому здійснення класифікації криміналістичних характеристик злочинів не є самоціллю, оскільки вона, будучи засобом упорядкування справедливо розглядається як підстава для побудови системи (систематизації) окремих криміналістичних методик.

У криміналістичній літературі спостерігаються різні підходи до підстав класифікації окремих криміналістичних методик (і до криміналістичних характеристик злочинів), а звідси і до назв класифікаційних груп (термінології). Свого часу О.Н. Колесніченко їх класифікацію бачив так: 1) загальні криміналістичні характеристики, що відносяться до виду злочинів (напр., убивств, крадіжок); 2) окремі криміналістичні характеристики – відносяться до різновиду (групи) злочинів, виділеній за суттєвою криміналістичною ознакою (напр., вбивств з розчленуванням трупа, крадіжок з контейнерів рухомого складу залізниці); 3) особливі (або цільові) криміналістичні характеристики – при розробці цих характеристик збирання, дослідження матеріалів практики, встановлення взаємозалежності ознак, виявлення закономірного характеру їх прояву здійснюється за цільовою програмою – сприяння вирішенню одного, як правило, найбільш складного завдання розслідування. Такі характеристики часто використовуються для побудови версій про злочинця (наприклад, у справах про зґвалтування, що порушуються при відсутності відомостей про особу винного), для ефективної роботи з розшуку викраденого майна тощо». Як видно О.Н.Колесніченко пропонував здійснювати поділ на види на підставі кримінально-правових ознак, а на підвиди і групи – за криміналістичними ознаками. Це бачення вченого - одного з батьків концепції криміналістичної характеристики злочинів, звичайно не могло залишитись непоміченим. Нюанс у тому, що використання ним невпорядковано термінології у назвах класифікаційних груп призвело до появи в літературі різних інтерпретацій, часто помилкових, його підходу іншими авторами.

Так, інтерпретувавши приведену класифікацію О.Н. Колесніченка з точки зору логіко-філософських категорій «одиничне – особливе – загальне» і підхоплюючи позицію окремих науковців виділяти криміналістичні характеристики конкретних злочинів (на індивідуальному рівні), В.А.Старушкевич пропонував «класифікувати криміналістичні характеристики злочинів за трьома рівнями: 1) Криміналістична характеристика конкретного злочину – на рівні одиничного (напр., криміналістична характеристика убивства. Скоєного гр. М. у м. Києві 3 грудня 1996р.). 2) Особлива криміналістична характеристика - на рівні групи злочинів, об'єднаних суттєвими криміналістичними ознаками (напр., криміналістична характеристика убивств, вчинених шляхом отруєння). 3) Загальна криміналістична характеристика злочинів – на рівні виду або міжвиду злочинів, об'єднаному суттєвими криміналістичними ознаками (напр., загальна криміналістична характеристика на рівні виду – криміналістична характеристика зґвалтувань, самоуправств тощо. Загальна криміналістична характеристика на міжвидовому рівні – криміналістична характеристика сексуальних убивств, убивств, поєднаних з розбійними нападами на житло громадян тощо)».

При цьому В.А. Старушкевич некритично піддався впливу помилкових течій щодо виділення індивідуальних криміналістичних характеристик, помилковість яких корениться у самому підході їх прихильників до розуміння суті і ролі криміналістичної характеристики злочинів. Адже поняття «криміналістична характеристика» концептуально відноситься до виду злочинів, а не до всіх злочинів взагалі і не до окремих конкретних злочинів (злочинних про-

© Калужна О., 2011

явів), оскільки в ній містяться відомості про типові ознаки. Криміналістичні характеристики злочинів окремих категорій включають в себе відомості, що безпосередньо відносяться до конкретного масиву злочинів. За своїм призначенням ці відомості – вихідна теоретична та інформаційна база для розробки окремих методик розслідування.

На думку В.В. Радаєва, в основі класифікації криміналістичних характеристик на види лежить криміналістична класифікація злочинів. Однак щодо класифікаційних побудов як самих злочинів, так і самих методик їх розслідування, серед учених-криміналістів нема єдиної думки. Згаданий В.В.Радаєв поділяє криміналістичні характеристики окремих категорій злочинів на дві групи:

1) криміналістичні характеристики видових груп злочинів, до яких входять:

1.1) криміналістичні характеристики укрупнених видових груп злочинів (напр., крадіжок, вбивств тощо) і

1.2) криміналістичні характеристики підгруп даних злочинів (напр., убивств, поєднаних з розчленуванням трупа, дітовбивств, крадіжок у сфері торгівлі);

2) криміналістичні характеристики міжвидових груп злочинів, до яких входять:

2.1) криміналістичні характеристики укрупнених міжвидових груп злочинів (напр., вчинених у ВТУ, вчинених особами з психічними захворюваннями) і

2.2) криміналістичні характеристики підгруп даних злочинів (напр., вчинених у ВТУ рецидивістами, злочинів, вчинених психопатами.

На наш погляд, найбільш вдалою є пропозиція Г.Ю. Жирного як щодо визначення класифікаційних рівнів окремих методик розслідування злочинів (відповідно і криміналістичних характеристик злочинів), так і щодо влучності їх назв, яка, до слова, вже отримала заслужені схвальні відгуки у криміналістичних колах. На його думку, систему окремих криміналістичних методик становлять: 1) групові окремі криміналістичні методики розслідування груп злочинів (класифікованих відповідно до групування їх в ОЧ КК та на підставі криміналістично значущих ознак, притаманних декільком видам, наприклад, методика розслідування злочинів у сфері економічної діяльності); 2) видові окремі криміналістичні методики розслідування (видів злочинів, які розрізняються за окремими статтями в ОЧ КК, наприклад, методика розслідування митних злочинів); 3) підвидові окремі криміналістичні методики розслідування (підвидів чи різновидів, виділених з поміж злочинів одного виду за криміналістично значущими ознаками, наприклад, методика розслідування контрабанди наркотиків, методика розслідування контрабанди зброї, методика розслідування контрабанди культурних цінностей). Як видно, Г.Жирний виділяє окремі криміналістичні методики, враховуючи два критерії: 1) кримінально-правову класифікацію і 2) ступінь спільності – групові, видові, підвидові.

Другий рівень – видовий – традиційний. Він базується на кримінально-правовій класифікації злочинів і слугує формуванню окремих криміналістичних методик розслідування з часів їх історичного становлення.

Розробка підвидових криміналістичних характеристик злочинів з детальним аналізом її елементів і виявленням кореляційних залежностей між ними можлива тільки на основі опрацювання значного емпіричного матеріалу. Тобто вони як науковий продукт розробляються на основі узагальнення слідчої, судової практики. Й у даному сенсі, як констатує В.А. Журавель, наука йде слідом за практикою. З іншої сторони, підвидові криміналістичні методики вважаються найбільш оптимальними, дійовими, через наближеність до потреб практики, оскільки саме на підвидовому рівні можливі формулювання конкретних завдань розслідування та побудова алгоритму їх розв’язання.

Групові криміналістичні методики (характеристики) поділяються залежно від механізму їх створення на два різновиди: 1) методики, створені на підставі створення криміналістично значущих ознак, притаманних декільком видам злочинів; 2) методики, створені відповідно до кодифікації ОЧ КК за родовим чи груповим об’єктом злочинів. У криміналістичній характеристиці групових методик не можуть бути представлені на статистичному рівні кореляційні залежності між її елементами, а самі групові методики мають переважно евристичне значення, виступають джерелом інформації загального характеру.

ЗАКОНОМІРНОСТІ ПРИСТОСУВАННЯ ДОСЯГНЕНЬ КРИМІНАЛІСТИКИ У ВИРІШЕННЯ ЗАВДАНЬ СУДОЧИНСТВА

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Тема злочинної діяльності завжди актуальна. Вона змінювалась і змінюється паралельно змінам суспільства. Але - була завжди й скрізь, закономірно відображаючи в собі ті чи інші соціальні проблеми суспільства.

Злочинній діяльності сучасного суспільства притаманні нові якісні риси, однак способи її вивчення та способи реагування на неї, на жаль, адекватно їм не змінилися. Внаслідок цього суспільство виявилось нездатним протистояти злочинній діяльності.

Процес становлення криміналістики як науки тривав не одне десятиліття й ставив перед собою мету створення науки, яка включала б у себе необхідні елементи інших наук, досвід, накопичений поколіннями, розробку нових ідей, механізм усталення існуючих. Ця наука повинна була озброїти знаннями тих, хто покликаний цю діяльність досліджувати і, в кінцевому рахунку, максимально її локалізувати, побороти. Зазначена мета, вирішення якої виявилося можливим тільки на основі максимального використання досягнень природничих і технічних наук у контексті творчого пристосування їх для завдань судочинства, стала однією з тенденцій розвитку криміналістики. У ній, чи не най активно, проявився один із загальних законів розвитку науки – закон інтеграції та диференціації наукового знання. Ця тенденція знаходила свій прояв упродовж усієї історії становлення науки криміналістики.

Періоду нагромадження емпіричного матеріалу в криміналістиці більш притаманною була диференціація наук. Вона сприяла більш чіткому визначенню предмету її пізнання. А це, своєю чергою, відповідало тому її рівню, за якого переважне місце займали опис і класифікація досліджуваних криміналістикою явищ. Етапу ж побудови розвинених теорій (окремих криміналістичних вчень) характерною виявилася інтеграція наукового знання.

На сучасному етапі розвитку науки, в умовах науково-технічної революції, обидві ці суперечливі тенденції проявляються в діалектичній єдності. Так, поява нових сфер знання на стиках старих, класичних наук динамічно демонструє не лише подальшу диференціацію науки, але й засвідчує зворотне – виникнення нових зв'язків між відособленими раніше, самостійними сферами наукового знання, про синтез "часток" цих наук у нову науку.

Тенденції до диференціації й інтеграції наукового знання в процесі становлення криміналістики проявили себе своєрідно. Так, на етапі становлення криміналістики як самостійної сфери наукового знання диференціація, з одного боку, обумовлювала місце криміналістики у системі юридичних наук, які забезпечували функціонування кримінального судочинства: судової медицини, судової психіатрії, судовій хімії тощо, а з іншого, – співвідношення консолідованих криміналістичних знань з положеннями (напрацюваннями) цих наук. Саме цей процес і призвів до визначення місця криміналістики в системі юридичних наук та її відмежування від споріднених сфер, передусім, природничих наук. Інтеграція знань на цьому етапі була виражена здебільшого в пристосуванні криміналістикою для потреб судочинства напрацювань природничих і технічних наук, які ставали в перетвореному (синтезованому) вигляді частиною змісту криміналістичної науки. Саме так виникли судова фотографія та відеозйомка, криміналістичне слідознавство (трасологія), криміналістична документалістика та інші розділи, передусім, криміналістичної техніки.

На сучасному етапі розвитку криміналістики процеси диференціації й інтеграції наукового знання набули якісно інший характер. Диференціація виявилася спрямованою своїми тенденціями не стільки зовні, стосовно суміжних наук, юридичних і іншим, скільки усередину самої криміналістики. А це, своєю чергою, призвело до виникнення на стиках між нею й суміжними науками нових сфер знання: судової психології, логіки слідства й т.п.

Що ж до сучасного процесу інтеграції науки – йому також властиві закономірні нові тенденції. Так, всебічне вивчення певного об'єкта криміналістики відбувається за умови викори-

© Когутич І., 2011

стання не лише нею напрацьованих методів і засобів. Тут необхідні й допустимі інструменти й багатьох інших наук. Адже без цього комплексного застосування вже не можливо одержати принципово нове знання. Це призводить до того, що чимало об'єктів стає загальним для двох і більше галузей знань, кожна з яких досліджує їх у комплексі з іншими або окремо, у своєму аспекті й виходячи зі своїх мети та завдань. Усе більшого поширення в різних науках одержують ті самі методи. Специфіка методів пізнання й засобів дослідження, як ознака самостійності тієї або іншої науки, відіграє все меншу роль. І навпаки, все більшого значення в науково-технічному прогресі починають здобувати загальні засоби й методи пізнання. Нарешті, інтеграція наук пояснюється тепер не тільки спільністю об'єктів, засобів і методів пізнання, але й суспільною функцією науки як продуктивної сили нашого суспільства.

На сучасному етапі розвитку криміналістики все більшого поширення одержують комплексні дослідження, здійснювані такими колективами, до складу яких, крім криміналістів, входять фахівці різних галузей знань: фізіології й біоніки, кібернетики й математики, біології, хімії, антропології тощо. Криміналістичні об'єкти досліджуються різними фахівцями з позицій і методами конкретних наук, але для вирішення завдань криміналістики; цей шлях властивий саме криміналістичній науці, і аж ніяк не фізіології, біоніці та іншим галузям знань.

Явища інтеграції знання в сучасній криміналістиці виявляються, крім іншого, у зростаючій кількості об'єктів дослідження, спільних як для неї, так і для інших юридичних наук. Так чимало уваги стали приділяти вивченню норм кримінального та кримінально-процесуального права, доказового права і положень теорії доказів, принципів наукової організації праці слідчих і експертів, ревізійної діяльності тощо. Розширилась сфера використання в криміналістиці загальнонаукових методів. У цьому контексті виправдано згадати про, так званий, процес "математизації" криміналістики, який динамічно розвивається.

На сучасному етапі розвитку науки процес використання комп'ютерно математичних методів дослідження охопив більшість сфер наукового знання. Забезпечуючи високу точність одержуваних результатів, дозволяючи обґрунтовано прогнозувати розвиток предмета пізнання, відкриваючи нові можливості наукового пошуку, такі методи забезпечують більш повне пізнання – як кількісне, так і якісне – тих закономірностей об'єктивної дійсності, які вивчаються окремими науками.

Процес "математизації" поширився й на криміналістику, що, безсумнівно, є показником зростання зрілості цієї науки. Це також свідчить про підвищення її ефективності, зростаюче значення цієї галузі знань для слідчої, судової й експертної практики. Математико-кібернетичні методи дослідження знаходять усе більш широке використання й у криміналістичній експертизі.

Наукові пошуки в сфері застосування математико-кібернетичних методів дослідження в криміналістиці набули в останні роки значного розмаху. Вони поширилися не тільки на сферу криміналістичної техніки, але також і на криміналістичну тактику, ставши, як видається, перспективним напрямом розвитку криміналістичної науки.

Отже, необхідно розрізняти використання криміналістикою положень інших наук з метою розвитку самої криміналістичної науки та активне пристосування криміналістикою напрацювань інших наук для завдань кримінального судочинства. У першому випадку мова йде про прояв загального закону інтеграції наукового знання. Із цього погляду, використання в криміналістиці положень логіки, психології, математики, кібернетики принципово нічим не відрізняється від використання, наприклад, даних цих наук у кримінології або кримінально-виконавчому праві. Однак не ця форма використання досягнень інших наук становить зміст та специфіку закону розвитку криміналістики.

ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ПРОВЕДЕННЯМ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ ТА ОПЕРАТИВНО – ТЕХНІЧНИХ ЗАХОДІВ

Луцик В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правового визначення поняття "Оперативно-розшуковий захід" в Законі немає, проте із загальних вимог закону і теорії оперативно-розшукової діяльності можна сформулювати його таким чином: оперативно-розшуковий захід - це передбачені законом дії, що проводяться суб'єктами оперативно-розшукової діяльності відповідно до вимог нормативних актів шляхом поєднання гласних і негласних засобів і методів з метою отримання фактичних відомостей та їх фіксації, необхідних для вирішення завдань ОРД.

Відповідно до ч. 2 ст. 8 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність» з метою запобігти злочинові чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи можуть застосовуватись інші технічні засоби одержання інформації, які в теорії оперативно-розшукової діяльності отримали назву **«оперативно-технічні заходи».** Правову основу проведення оперативно-технічних заходів складають Кримінально-процесуальний кодекс, Закони України «Про Службу безпеки України», «Про оперативно-розшукову діяльність», постанови Кабінету Міністрів від 26.09.2007 року «Про затвердження порядку отримання дозволу суду на проведення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації» та від 02.10.2003 №1561-12 «Про затвердження порядку організації та забезпечення режиму секретності в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах і організаціях, а також інші нормативно-правові акти України».

На підставі аналізу чинного законодавства можна виділити перелік заходів згоду на проведення яких дає голова або заступник голови апеляційного суду**, а саме:** негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи та негласний огляд в них; негласне зняття інформації з каналів; негласний контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією; негласне застосування інших технічних засобів одержання; арешт на кореспонденцію; витребування документів та даних, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів; вилучення оригіналів документів, зразків сировини і продукції, предметів, опечатування кас, складів та архівів; розкриття інформації, яка містить банківську таємницю.

Відповідно до п. 4 Постанови Пленуму ВСУ від 28 березня 2008 року №2 «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» подання керівника оперативного підрозділу або його заступника про проведення відповідних оперативно-розшукових заходів під час перевірки заяви або повідомлення про злочини до порушення кримінальної справи (ч. 5 ст. 97 КПК), подання слідчого про проведення заходів, передбачених ч. 5 ст. 177, ч. 4 ст. 178, ст. 1871, ч. 4 ст. 190 КПК, і подання органу дізнання про проведення таких же заходів після порушення кримінальної справи (ст. 104 КПК) має бути погоджено з прокурором. Однак погодження з прокурором подання керівника оперативного підрозділу або його заступника про негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації у всіх інших випадках закон (ч. 2 ст. 8 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність") не вимагає.

Повноваження прокурорів, що здійснюють такий нагляд, завдання нагляду та порядок його проведення визначені Законами України «Про прокуратуру» (глава 2, статті 29-33), «Про оперативно-розшукову діяльність» (стаття 14), «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (стаття 26), Кримінально-процесуальним кодексом (глава 1, стаття 25; глава 21, статті 227-233).

© Луцик В., 2011

Статтею 26 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» уточнюється, що нагляд за дотриманням законів спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю уповноважені здійснювати спеціально створене управління в Генеральній прокуратурі України та його відділи в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі.

Прокурори в ході здійснення нагляду повинні звертати увагу на результативність проведення оперативно – технічних заходів. Однак, не можна оцінювати ефективність оперативно-технічних заходів лише з погляду того, чи були їх результати використанні, як докази у кримінальному судочинстві, але коли ці результати не використано як докази у жодній кримінальній справі або з їх використанням не викрито жодної організованої групи, то таке обмеження прав громадян необхідно оцінювати негативно.

Крім того, прокурору варто в ході перевірки з’ясовувати чи відповідають документи оперативно-розшукового характеру наступним вимогам: точне найменування ОРЗ, часу, місця, учасників його проведення і інших необхідних даних про захід, що проводиться; вказівка на правове обґрунтування ОРЗ, що проводиться, з вказівкою норм ЗУ про ОРД та інших законів ("Про міліцію", "Про СБУ" та ін.); у разі використання технічних засобів вони мають бути вказані в документах ОРЗ, що проводиться, або оформлені окремим документальним актом з приведенням всіх необхідних даних; істинність, тобто повне, об'єктивне і всебічне відображення обставин ОРЗ, що проводиться; наявність відповідних підписів та інших реквізитів.

РЕАБІЛІТАЦІЯ СУДОМ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ОСОБИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Мазур М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Реалізація прав та інтересів особи залежить, насамперед, від рівня їх забезпеченості, тобто від створення таких умов і засобів, за яких сама можливість порушення прав була б зведена до мінімуму, а у разі, коли таке порушення допущено, можна було б швидко і в повному обсязі ліквідувати його наслідки.

Гарантом закріплення прав та свобод громадян є держава. Однак, вона не завжди може гарантувати їх повне дотримання та не порушення, проте забезпечити створення і дію механізмів захисту прав особи – повинна.

Так, найбільш дієвим способом захисту прав та законних інтересів осіб, які зазнали незаконного і необґрунтованого кримінального переслідування або (та) засудження є існування механізму (процедури) визнання їх реабілітованими і надання їм певних прав, в тому числі і на поновлення порушених прав та інтересів. Це можливо досягнути шляхом запровадження інституту реабілітації у кримінальному процесі України.

Окремі елементи даного інституту вже існують в нашій державі, однак безпосереднього законодавчого визнання і закріплення реабілітація ще не має. Хоча, безумовно, категорія осіб, які несправедливо зазнали кримінального переслідування або (та) засудження, заслуговує на існування такого механізму, зрозумілого і дієвого, чітко визначеного і передбаченого нормативно-правовими актами. Тому, це зобов'язує науковий світ працювати над розробленням, вдосконаленням інституту реабілітації, іншими словами – наданням йому завершеної форми, а державу – законодавчо його закріпити і ввести в дію.

Проте, сьогодні, все ще можна зустріти таку точку зору, що для застосування на практиці реабілітації є достатнім існування процедури визначеної Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 01.12.1994 р., № 266/94 – ВР (далі – Закон України) та Положенням про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» від 04.03.1996 р., № 6/5, 3, 41 (далі – Положення). Зокрема, О.В. Капліна, яка, свого часу, працювала над розробленням інституту реабілітації в Україні, будувала процедуру реабілітації саме на основі вищенаведених нормативних актів, звичайно доповнюючи її багатьма елементами, притаманними виключно для реабілітації.

Так, відповідно до пункту 6 Положення, громадянинові, а у разі його смерті – його спадкоємцям, відповідний орган (авт. роз'яснення – органи досудового розслідування, прокуратура, суд), одночасно з повідомленням про закриття справи в стадії дізнання і досудового слідства або з копією виправдувального вироку, що набрав законної сили, або постановою (ухвалою) суду (судді) направляє повідомлення, в якому роз'яснює, куди і протягом якого терміну можна звернутися за відшкодуванням шкоди і поновленням порушених прав.

Пункт 11 даного Положення роз'яснює, що громадянин протягом шести місяців після направлення йому такого повідомлення може звернутися:

1) при закритті провадження в справі органами дізнання або слідства Міністерства внутрішніх справ, Генеральної прокуратури і Служби безпеки України – відповідно до цих органів;

2) при винесенні виправдувального вироку або закритті справи судом першої інстанції чи в касаційному або наглядному (відповідає сучасному розумінню апеляційного та касаційного провадження) порядку – до суду, який розглядав справу по першій інстанції.

Далі, в пункті 12 передбачається, що в місячний термін з дня звернення громадянина один з органів, перелічених в пункті 11 Положення, залежно від того, хто з них здійснював слідчі дії або розглядав справу, витребовує від відповідних державних і громадських організа-

© Мазур М., 2011

цій всі необхідні документи, що мають значення для визначення розміру завданої шкоди, і виносить передбачену в ч.1 ст.12 Закону України постанову (ухвалу) про відшкодування шкоди громадянинові.

Саме на основі такої процедури в цілому пропонують розглядати і застосовувати інститут реабілітації на практиці сьогодні, додаючи до нього певні притаманні виключно інституту реабілітації елементи.

На наш погляд, таке вирішення проблеми є неприйнятним, і не лише через явну недосконаліть механізму, але й через не притаманність реабілітації такої форми.

Звернемось до Проекту Кримінально-процесуального кодексу України (внесений народним депутатом В. Мойсиком та іншими, і зареєстрований у Верховній Раді України 13 грудня 2007 року за № 1233 – надалі Проект КПК України за № 1233). В ньому йдеться про реабілітацію, в тому розумінні, що подається визначення реабілітації, її підстави, перелік суб'єктів, які мають на неї право, однак яким чином вона повинна здійснюватись – не вказується. Лише в ст. 621 «Вирішення питання про усунення моральної і компенсацію майнової шкоди та про поновлення інших прав реабілітованого» наводяться певні процедурні моменти, схожі з тими, що наводяться в Законі України. Як бачимо, Проект КПК України за № 1233, навіть законодавчо закріплюючи інститут реабілітації в Україні, чіткого механізму її не передбачає.

На наше переконання, право на реабілітацію повинне виникати автоматично в силу факту закриття кримінальної справи за реабілітуючими обставинами, постановлення виправдувального вироку і т.д. (тобто, в силу наявності й інших підстав реабілітації), однак воно має бути ще офіційно визнане компетентним органом у формі самостійного (окремого) акту. Чому саме так ? Тому, що постанова (ухвала) про закриття кримінальної справи чи виправдувальний вирок не реабілітують особу в прямому значенні цього слова, це рішення, які констатують закінчення провадження щодо особи (підсумкове рішення); певний юридичний факт (невинуватість, непричетність), що дає поштовх до реабілітації особи.

Як відомо, кожний процесуальний документ, тою чи іншою мірою, відображає триактність прийняття рішення. Наприклад, вказуються джерела інформації, потім дається відповідний аналіз виявлених обставин і законодавства, а в кінці робляться висновки, вносяться пропозиції. Як видається, в акті реабілітації повинно обов'язково бути передбачено рішення, на основі якого виноситься акт, щодо кого виноситься, а також перелік всіх прав, які повинні бути поновленні, як саме це має здійснюватися, а також вказуватись сума відшкодування шкоди, яка буде особі відшкодована та інше. Як бачимо, ні в постанові ні у вироку, це все передбачити неможливо – за своїм змістом і призначенням це різні нормативно-процесуальні документи, тому вони не можуть бути реабілітаційними актами. Така ситуація зобов'язує прийняття окремого нормативно-процесуального документа як додаткової гарантії забезпечення і захисту прав особи.

Повернемось знову до можливої процедури реабілітації – нас цікавить саме державний орган, що буде її здійснювати і приймати реабілітаційний акт. Існує декілька поглядів щодо цього питання. Перший з них передбачає досудовий і судовий порядок реабілітації, тобто в залежності від того на якій стадії відповідний орган прийняв рішення, що дає підставу для реабілітації, той орган і буде здійснювати реабілітацію (О.В. Капліна, автори Проекту КПК України за № 1233), другий полягає у наділенні такими повноваженнями виключно суд (М.Є. Шумило), третій –створення спеціального уповноваженого органу (зарубіжний досвід – у Франції діє, на приклад, Національна комісія).

Зупинимось на першому підході. Він викликає багато застережень, і найважливіше з них – це можливий розгляд питання про реабілітацію органами обвинувачення. Таким чином, ми створимо ситуацію, коли спочатку дані органи здійснюватимуть обвинувачення, а потім всіма можливими засобами забезпечуватимуть і реалізуватимуть реабілітацію невинуватої особи. Кожна підстава реабілітації, в будь-якому випадку, у відповідних органах сприймається як прогалина, «мінус» в роботі, за що особи, які ведуть процес будуть відповідати. Очевидно, що за таких обставин ні неупередженого ставлення щодо особи, яка має право на реабілітацію, ні об'єктивності в роботі цих органів ми не побачимо. Також, в свою чергу, як правильно вказує М.Є. Шумило, небажання, страх зустрічатись з колишніми «інквізиторами» – забезпечить низький рівень звернень громадян до цих органів.

Розглядати можливість створення певного нового органу, на який би покладались функції по розгляду питань реабілітації громадян, звичайно можна. Однак, при цьому, необхідно бути реалістами – сьогодні, за умов кризової ситуації в державі, його створення може відтягнутись на багато років вперед. Зрештою, а чи доцільне це ?

Як видається, найоптимальнішим і реальним шляхом вирішення даної проблеми є здійснення реабілітації судом і прийняття ним реабілітаційного акту. Це не буде суперечити його діяльності і природі. Погоджуємось з В.І. Антоновим, в тому, що жоден інший орган, крім суду, не вправі вирішувати питання юридичної відповідальності держави.

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗАСОБІВ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ (В КОНТЕКСТІ ДОТРИМАННЯ ГЛАСНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА)

Мурадов В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з основних засад судочинства, визначених Конституцією України, є гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами (ст. 129). Правило про відкритий порядок судочинства відображене у конституціях багатьох держав. Так ст. 120 Конституції Іспанії гласить : «Судовий розгляд є відкритим, за винятком передбачених процесуальними законами випадків». Більш повно сформульоване дане положення у Конституції Португальської Республіки, де зазначено : «Судові засідання є відкритими, за винятком випадків, коли суд виносить мотивовану постанову про необхідність закритого розгляду з метою охорони гідності особи, суспільної моралі або забезпечення нормальної діяльності суду».

Разом з тим у основному законі ФРН подібне положення відсутнє. Принцип гласності сформульований лише в конституціях деяких федеральних земель. Таке становище, на думку німецьких вчених є недоліком законодавства.

У конституціях окремих держав положення про гласність судочинства закріплене у розділах, де перераховані основні права і свободи людини (ч.2 § 11 розділу 2 Конституції Швеції; ст. 24 Конституції Іспанії; поправка VI до Конституції США), на що, як видається, повинен звернути увагу і наш законодавець.

Якщо провести невеликий історичний екскурс, то можна зауважити, що вітчизняних правових документах норма про відкритий судовий розгляд теж мала місце. Конституція Української Народної Республіки у шостому розділі, ст. 61 зазначала, що: «Поступовання в суді має бути прилюдне і устне.» У Основному законі Української Радянської Соціалістичної Республіки від11 червня 1937 року, стаття 91 містить положення про те, що: «Розгляд справ у всіх судах Української РСР відкритий, оскільки законом не передбачені винятки, з забезпеченням обвинуваченому права на оборону». Також Розділ 8 Конституції України від 20 квітня 1978 року містить статтю 155, яка декларує: «Розгляд справ у всіх судах є відкритим. Слухання справ у закритому засіданні суду допускається лише у випадках, встановлених законом, з додержанням при цьому всіх правил судочинства».

У Законі України «Про судоустрій і статус суддів» ст. 11 найбільш універсально, тобто без врахування особливих положень окремих процесуальних законів, визначає принцип гласності судового процесу:

1. Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Кожен, хто не є стороною у справі, має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом.

2. Розгляд справ у судах відбувається відкрито, крім випадків, встановлених процесуальним законом. Учасники судового процесу та інші особи, присутні на відкритому судовому засіданні, можуть використовувати портативні аудіотехнічні засоби, проведення в залі судового засідання фото- і кінозйомки, відеозапису, а також транслювання судового засідання допускається за рішенням суду.

3. Розгляд справи у закритому судовому засіданні допускається за вмотивованим рішенням суду у випадках, передбачених процесуальним законом.

4. При розгляді справ перебіг судового процесу фіксується технічними засобами в порядку, встановленому процесуальним законом.

Варто зазначити, що дана норма зробила суттєвий прорив у використанні засобів технічного фіксування ходу судового розгляду, зокрема і кримінальних справ. У порівнянні з аналогічною нормою Закону України «Про судоустрій України», що втратив силу, де обумовлювалася можливість використання лише письмових нотаток для фіксування особливостей ходу

© Мурадов В., 2011

судового засідання,у новому акті з'явилося положення про можливість вільного користування портативними звукозаписуючими засобами. Цю норму можна оцінити, як вагомий крок назустріч гласності судового процесу.

Обов'язковою умовою реалізації принципу гласності є інформація. Під інформуванням слід розуміти передачу відомостей, повідомлень передусім засобами масової інформації або конкретним державним чи іншим органом, котрий у відповідності з правовими положеннями чи за власним углядом передає інформацію про свою діяльність. Суттєвою стороною гласності є установлена законом можливість самому громадянину отримати потрібну інформацію. Причому отримати без ускладнень, у необхідних випадках – шляхом безпосереднього ознайомлення з відповідними документами. І не тільки отримати інформацію, але й мати право її розповсюджувати. Здійснення цих прав може бути обмежене умовами, вказаними в законі, продиктованими очевидною соціальною необхідністю.

Найважливішим в реалізації гласності слід назвати питання про те, хто може бути присутнім на відкритому судовому розгляді. Відомий вчений-юрист І.Я. Фойницький писав: «Право сторонніх для суду осіб бути присутнім на провадженні справи надає процесу якість гласності, при відсутності такого права воно стає негласним, таємним». Однак на практиці, що склалася на сьогоднішній день, досить часто виникає проблема доступу громадян до відкритих судових засідань. Така ситуація пов'язана через «надмірну» охорону приміщень суду спецпідрозділом міліції «Грифон», що проявляється у відмові пропуску особи без судової повістки мотивуючи це безпідставністю відвідування суду. Порядок роботи цього спецпідрозділу регулюється Правилами пропуску осіб до приміщень судів та на їх територію транспортних засобів, затвердженими Наказом Державної судової адміністрації та Міністерства внутрішніх справ № 102/765 від 12.09.2005. Розділ 2 регулює порядок пропуску осіб до приміщень судів з зокрема в ньому зазначено, що до приміщень судів із використанням спеціальних технічних засобів пропускаються: працівники апарату відповідного суду за пред'явленням службового посвідчення (п. 2.4.1.); працівники правоохоронних органів, фельд'єгерської служби, спеціального зв'язку за пред'явленням службового посвідчення (п. 2.4.2.);особи, які беруть участь у провадженні кримінальних, цивільних та адміністративних справ, за списком секретаріату суду або при пред'явленні судової повістки, ухвали суду та документа, який засвідчує особу (п. 2.4.3.).У разі, якщо в особи відсутнє посвідчення, міліціонер через судового розпорядника (секретаря судового засідання) з'ясовує особу прибулого і в подальшому виконує вказівки головуючого в судовому засіданні. Практиканти та інші особи, які залучаються до тимчасового виконання робіт у приміщеннях судів, пропускаються згідно зі списком, затвердженим головою відповідного суду, після пред'явлення документа, який засвідчує особу. (п. 2.4.4.) Особи, що прибули на відкриті судові засідання, за пред'явленням документа, який засвідчує особу.(п. 2.4.5.)

Саме з пп. 2.4.3. та 2.4.5. найчастіше і виникають проблеми на практиці. Тобто у випадках, коли особа бажає бути присутньою на відкритих судових засіданнях з посвідченням особи чи без, вона може зіткнутися із відвертим небажанням її доступу до гласного правосуддя, або з штучними перешкодами такого доступу (затягуванням з'ясування особи при відсутності посвідчення, заборона проходу через нібито наказ голови суду, і т. д.). Це можна назвати не інакше як безпідставне та цинічне обмеження принципу гласності правосуддя. Викликає велике занепокоєння той факт, що здійснює таке обмеження правоохоронний орган, який покликаний захищати … права і свободи громадян, … інтереси суспільства і держави від протиправних посягань (ст.1 Закону України «Про міліцію»).

Можна цілком погодитись з авторами, які зазначають, що питання про місце судового засідання повинне відігравати для правосуддя обслуговуючу роль, а не диктувати йому будь-які умови. Обмеження свободи вибору місця засідання для суду може походити тільки зі специфічності правосуддя як особливого виду соціальної діяльності. Звідси, свобода вибору місця суду обмежена вимогами: загальновідомості, загальнодоступності та відносної вмістимості того приміщення, у котрому буде розглядатись судом кримінальна справа. Видається, що питання про вибір місця судового засідання також містить у собі одну з умов реалізації гласності судочинства.

Відтак звуження доступу громадян до розгляду справ у суді наносить суттєвий удар по принципу гласності кримінального судочинства. На даний час проблема приміщень для судів стоїть дуже гостро і вирішити найближчим часом її навряджи вдасться. Видається, що з даної ситуації можна знайти вихід, встановивши техніко-криміналістичні засоби аудіо-фіксації та, водночас, аудіо-трансляції судового засідання. В такий спосіб цілком можливо задовольнити вимогу принципу гласності, а саме право сприймати судове засідання. Звісно, такий спосіб не є ідеальним, оскільки безпосередня присутність на засіданні в будь-якому випадку краща за сприйняття лише його звукової частини, але у випадку неможливості проведення засідань у належному місці, або недостатності місць для бажаючих бути присутніми у залі – такий вихід може бути оптимальним. Така трансляція може вестися як у певне приміщення, що здатне вмістити усіх бажаючих, так і в мережі Інтернет, на офіційному сайті суду або певному, визначеному завчасно порталі (на зразок загальнодержавного реєстру судових рішень).

РОЛЬ СУДУ У ВСТАНОВЛЕННІ ІСТИНИ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ

Нор В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Активна роль суду у встановленні об’єктивної істини у кримінальній справі під час її розгляду і вирішенні була загальновизнаною у кримінально-процесуальній науці як в радянський, так і у пострадянський періоди дії чинного Кримінально-процесуального кодексу України (далі КПК України). Своє класичне вербальне вираження така позиція знайшла в академічному виданні «Курс советского уголовного процесса. Общая часть» / під ред. О.Д.Бойкова, І.І.Карпеца (М.: 1989, с. 173) : «Суд не може повністю покладатися на активність учасників судового розгляду, оскільки вона може бути не лише недостатньою для встановлення істини у справі, але й також направленою проти істини. Суд самостійно досліджує докази головним чином тому, що саме він має вирішити, чи мав місце злочин, чи вчинив його підсудний, чи винен він у його вчиненні, чи підлягає він покаранню, яке покарання має бути йому призначено і т.п.»

Аналогічна позиція щодо активності суду у дослідженні доказів та у встановленні істини підтримувалась також і вітчизняними авторами. Але в ході т. зв. «малої судової реформи», що відбулася в червні-липні 2001 р., до КПК України було внесено ряд новел, які поставили під сумнів можливість активної діяльності суду у встановленні істини в кримінальній справі. Йдеться, насамперед, про те, що: 1) з числа суб'єктів, які були зобов»язані вживати всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, був виключений суд (ст. 22 КПК); 2) з головуючого в судовому засіданні судді (тобто суду) знято обов'язок спрямовувати судове слідство на забезпечення повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи і встановлення істини (ст. 260); 3) надана можливість суду судове слідство, призначенням якого є дослідження доказів обвинувачення і захисту, проводити не в повному обсязі, а за згодою учасників судового розгляду не досліджувати докази стосовно тих обставин справи, які ніким з них не оспорюються (ст. 299 КПК). Чи дані новели є свідченням того, що законодавець звільнив суд від процесуального обов'язку встановлювати істину у кожній кримінальній справі і цим самим обмежив дію названого принципу? Власне, до такого висновку доходять багато вчених-процесуалістів Російської Федерації, аналізуючи норми як проекту, так і вже тепер чинного нового КПК РФ, який також закріпив названі вище положення. На їх думку суд істини не встановлює (її, мовляв, знає лише Бог), а тільки вирішує питання доведено чи не доведено обвинувачення. Головною ж гарантією встановлення істини під час здійснення правосуддя є змагальність сторін, і суд не може виконувати жодних інших процесуальних функцій, окрім функції юстиції - вирішення справи по суті. Цю функцію він виконує на підставі лише тих доказів, які надані йому сторонами. Ініціатива ж суду щодо одержання нових доказів під час судового слідства, його активність у дослідженні доказів з метою встановлення істини є несумісними з його процесуальною функцією. Суд, вважають вони, має акцентувати увагу не на меті доказування, а на його процедурі, оскільки суд «відповідає не за знаходження істини, а лише за те, щоб результат судоговоріння був досягнутий певним чином» (С.А.Пашин, В.В.Золотих). «Пасивне і тільки пасивне положення суду звільняє його від виконання функції обвинувачення» (С.Д.Шестакова). «Активна роль суду – надбання інквізиційного процесу. У змагальному ж судочинстві дослідження доказів здійснюють сторони, а суддя лише стежить, щоб при цьому не порушувався процесуальний регламент» (І.Л.Петрухін).

Проте домінуючою у вітчизняній літературі є думка (Ю.М.Грошевой) і вона знаходить все більшу підтримку серед вчених процесуалістів Російської Федерації (П.А.Лупінская, С.А.Шейфер), що суд не може бути звільнений від обов'язку (а отже, - діяти активно) ретельно дослідити всі зібрані у справі докази і встановити істину.

© Нор В., 2011

Якщо брати до уваги положення ч. 6 ст. 16 чинного вітчизняного КПК («Суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав»), а також ту обставину, що законодавець вилучив суд з числа органів держави, на які покладається обов'язок при провадженні кримінальної справи «вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи» (ст. 22 КПК), а так само вилучив із ст. 260 КПК вказівку на обов'язок головуючого в судовому засіданні судді спрямовувати «судове слідство на забезпечення повного всебічного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи і встановлення істини», замінивши його обов'язком «забезпечення здійснення сторонами своїх прав» (ч. 1 ст. 260 КПК), то на перший погляд напрошується висновок, що законодавець дійсно обмежив активність суду у встановленні істини. Проте системний аналіз норм КПК України спростовує такий висновок.

Суть принципу змагальності у кримінальному судочинстві полягає у такій побудові судового розгляду кримінальної справи та дослідження під час нього доказів, яка на основі рівності забезпечує сторонам обвинувачення і захисту можливість активно відстоювати свої права та законні інтереси шляхом подання суду своїх доказів і доведення їх переконливості, заявлення судові клопотань, оскарження процесуальних рішень суду тощо (ст. 261 КПК). Суд же, зберігаючи об'єктивність і неупередженість, створює необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав (ч. 6 ст. 16-1 КПК).

Але змагальність кримінального судочинства, звичайна річ, не може гарантувати досягнення істини у кримінальній справі. Вона є важливим інструментом судового пізнання, необхідною, але все ж недостатньою умовою для встановлення істини. Адже змагання (процесуальний спір) сторін здатне не лише знайти істину, але й затушувати її залежно від того, чи зацікавлена сторона у її знаходженні.

Тяжко уявити ситуацію, коли захисник підсудного буде докладати процесуальні зусилля для встановлення істини, якщо вона буде суперечити інтересам його підзахисного. На жаль, і сторона обвинувачення в реальній дійсності нерідко має тенденцію до «згущення фарб» щодо обвинувачення, намагаючись формулювати і доказувати його «з запасом». Анемічний же суд здатний констатувати не лише перемогу правої, хоч недостатньо активної у поданні доказів та доведення їх переконливості, сторони, але й неправду більш активної сторони. Тож суд при вирішенні справи – ухваленні законного і обґрунтованого рішення - не має залишатися пасивним спостерігачем за правовим поєдинком сторін, слідкуючи лише за дотриманням його процедури (правил). Він повинен мати можливість з допомогою сторін, але незалежно від них, дослідити подані ними докази всіма процесуальними засобами, зокрема слідчо-судовими діями, які закон дає у його розпорядження.

Власне, суд з допомогою сторін активно досліджуючи всі обставини справи, безпосередньо перевіряючи представлені сторонами докази, залучаючи як за їх ініціативою, так і власною, нові докази, зобов’язаний не просто розв’язати спір між стороною обвинувачення і стороною захисту, а правильно (законно), обґрунтовано (на підставі перевірених доказів) і справедливо вирішити справу, що неможливо досягти без встановлення істини у справі. Саме з цією метою законодавець зобов'язує суд за чинним КПК «безпосередньо дослідити докази в справі» (ст. 257), для чого надає йому право як за клопотанням осіб, так і за власною ініціативою: задавати питання особам, яких допитують під час судового слідства (підсудного, свідків, потерпілого - ч. 2 ст. 300, ч. 3, 5 ст. 303; ст. 304; ст. 308); оголошувати їх показання, дані під час досудового розслідування (ч. 1 ст. 301; ч. 1 ст. 306; ст. 308); призначати експертизу, формулювати питання, які ставляться експертам, допитувати експерта в суді (ст. 310; ст. 311, ст. 312); оглядати речові докази (ст. 313) і місце події (ст. 315); оглядати і оголошувати протоколи слідчих дій, протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, інші документи (ст. 314); давати доручення органам досудового розслідування виконати певні слідчі дії з метою перевірки і уточнення фактичних даних, одержаних під час судового слідства, результати яких у передаються до суду (ч. 3 ст. 66, ст. 315-1); провести впізнання особи чи предмету свідком, потерпілим або підсудним (ст. 309).

1 хоч стосовно ряду слідчо-судових дій, що перераховані вище, відповідні норми КПК не містять безпосередньої вказівки на ініціативу суду для їх проведення, але в контексті інших норм та на підставі принципу безпосередності дослідження доказів (ст. 257) немає жодних сумнівів, що вони проводяться і за ініціативою суду. Мета ж їх проведення - встановлення істини у справі. І суд, не будучи ні стороною обвинувачення, ні стороною захисту, повинен мати достатні повноваження для її досягнення.

Зрозуміло, що в змагальному процесі на суд не може покладатися обов'язок збирати додаткові докази вини чи невинуватості підсудного. Але з нього не може зніматися «тягар доказування стосовно кримінально-правових і кримінально-процесуальних констатацій, що містяться в судовому рішенні». А тому він «вправі, з огляду на публічно-правовий обов'язок, з власної ініціативи збирати докази» у певних випадках, «оскільки саме на суд покладається відповідальність за законність та обґрунтованість рішень, що виносяться в стадії судового розгляду» (Ю.М.Грошевой).

Власне, на концепції «активного суду» пропонується побудувати судове слідство і в проекті нового КПК України. Його стаття 348 покладає на головуючого в судовому засіданні обов'язок спрямовувати судове слідство на забезпечення повного, всебічного і об'єктивного встановлення обставин, що підлягають доказуванню, і встановлення істини, усувати з судового слідства все те, що не стосується предмету судового розгляду.

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА І ВСТАНОВЛЕННЯ ІСТИНИ

Павлишин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінально-процесуальна форма, відіграючи особливу роль у відповідній формі державної діяльності, повинна у своїй основі базуватися на певних началах, відповідати певним властивостям (ознакам, вимогам, рисам). М.Л. Якуб усі такі властивості умовно поділяє на дві групи: загальні і спеціальні. Не вдаючись у їх аналіз, зауважу лише, що першою серед загальних властивостей кримінально-процесуальної форми він виділяє її цілеспрямованість, а щодо спеціальних зазначає, що вони знаходять свій вираз у тих принципах, які лежать в його основі.

Чимало радянських та й сучасних вчених встановлення істини визначали і визначають як мету кримінального судочинства, а одним із принципів кримінального процесу називають принцип встановлення істини.

Беручи до уваги викладене, та й те, що в Україні все ще триває робота над підготовкою проекту нового кримінально-процесуального кодексу, тобто розробляється нова форма кримінального процесу, видається за доцільне ще раз зупинитися на проблемі істини у кримінальному судочинстві з позиції сьогодення.

Як відомо, різним типам (видам, моделям) кримінального процесу притаманна своя процесуальна форма. Загалом у світі сьогодні функціонують два типи кримінального процесу: змагальний та змішаний, з відповідними різновидами та особливостями. Процесуальна форма кожного з наведених типів кримінального процесу так чи інакше будується, виходячи, в тому числі, із можливості встановлення істини у кримінальних справах. Не заперечуючи існування істини загалом, процесуальна форма змагального і змішаного процесу, у той же час, побудована, виходячи із різного розуміння істини як філософської так і правової категорії.

Не звертаючи окремої уваги на філософські підходи до розуміння істини, оскільки це виходить за межі даного дослідження, зазначу, що у теорії кримінального процесу сьогодні існує три концепції розуміння істини: концепція об'єктивної істини, концепція процесуальної (формальної) істини та конвенційна концепція істини.

У змагальному процесі (країни англосаксонської системи права та деякі країни континентальної системи права, зокрема західної та центральної Європи), процесуальна форма побудована, виходячи із концепції процесуальної (формальної) істини. Не заперечуючи загалом істини у кримінальних справах, представники наукових шкіл змагального процесу зазначають, що істина у кримінальних справах є результатом суб'єктивного пізнання, залежить від багатьох суб'єктивних чинників суб'єкта пізнання – слідчого, прокурора, суду і заперечують можливість встановлення істини об'єктивної. У зв'язку з цим відомий французький процесуаліст XIX століття Елі зазначав: «замість об'єктивної істини суддя може досягнути тільки суб'єктивного переконання, а метою кримінального процесу є «повне виявлення судової істини», «людині не дана можливість досягти абсолютної достовірності; вона задовольняється відносною достовірністю, якої вона досягає тільки через усі пристрасті та всю свою недосконаліть, які її збуджують і пригнічують…. Все що можна вимагати від людського правосуддя – це добросовісне дослідження і розумна впевненість». Подібного роду міркування висловлювали практично усі російські дореволюційні процесуалісти (І.Я. Фойницький, В.К. Случевський, І.В. Михайловський) та й навіть деякі радянські (А.Я. Вишинський, С.А. Голунський, С.В. Курильов). Як наслідок, під істиною у змагальному кримінальному процесі розуміють те, що встановив суд у результаті розгляду справи з відповідною вірогідністю (імовірністю), за відсутності розумних сумнівів для протилежного висновку. Однак загалом істина не відіграє якоїсь особливої ролі у змагальному кримінальному процесі, значно поступаючись доцільності.

Для змішаного кримінального процесу, який існував на теренах колишнього радянського простору, та й з деякими змінами у сторону змагальності існує і у державах пострадянсько-

© Павлишин А., 2011

го простору сьогодні, зокрема й в Україні, процесуальна форма будується на основі концепції об'єктивної істини. Вона, своєю чергою, базується на матеріалістичній діалектиці, згідно з якою, оскільки матерія володіє здатністю до відображення, а людина здатна ці відображення пізнати об'єктивно, у кримінальному процесі можна пізнати об'єктивну істину, яка не залежить від свідомості суб'єкта пізнання. В результаті цього у кримінально-процесуальних кодексах зазначених держав закріплений принцип повного, всебічного і об'єктивного дослідження всіх обставин справи.

Що стосується концепції істини конвенційної, то, як на мене, вона не має самостійного значення і може розглядатися як різновид процесуальної (формальної) істини, коли суд з дотриманням певної процедури за істину приймає те, про що домовилися сторони, наприклад, під час примирення сторін чи укладення угоди про співпрацю чи визнання вини.

Переносячи наведені теоретичні міркування у практичну площину, зокрема у площину розробки нового проекту КПК України, задамося запитанням: а яку роль повинна відігравати істина у майбутній процесуальній формі кримінального судочинства України?

Як відомо, Україна задекларувала прагнення побудувати нову модель кримінального процесу, яка б ґрунтувалася на засаді змагальності. При цьому переважна більшість українських вчених й практиків стоїть на позиції, щоб зберегти у кримінальному процесі встановлення об'єктивної істини або як принцип процесу, або як мету кримінального судочинства.

Російська Федерація вже зробила вагомий крок до побудови змагального кримінального процесу, прийнявши у 2001р. новий КПК, не передбачивши у ньому ні принципу встановлення істини ні встановлення істини як призначення (завдання) кримінального процесу. Такий крок – відмова від об'єктивної істини – викликав шквал критики з боку багатьох відомих представників російської кримінально-процесуальної науки, зокрема, І.Л. Петрухіна, С.А. Шейфера, Ю.К. Орловата ін.

Однак попри їх незаперечний авторитет, з'явилися вчені, котрі почали відходити від концепції об'єктивної істини і говорити про можливість встановлення у кримінальному процесі істини формальної (юридичної, процесуальної).

Зокрема Є.О. Карякін говорить про можливість існування у процесі усіх трьох концепцій істини: об'єктивної, процесуальної (формальної) та конвенційної і необхідність їх використання на практиці разом.

А.А. Кухта в авторефераті своєї докторської дисертації наголошує на «необхідності відкрити концепцію об'єктивної істини для нових уявлень про пізнання й доказування і зробити її постнекласичною теорією об'єктивної істини, у якій би вживались класичні і некласичні уявлення. Новий підхід до визначення судової достовірності повинен ґрунтуватися на принципах змагальності, рівноправності сторін, усності, котрі складають основу сучасної ідеології процесу. Ключове значення для концепції судової істини має поняття «розумні сумніви». Судова істина є оціночною категорією, перш за все оцінка стосується імовірності знання про обставини, котрі стали предметом судового спору. Аксіологічні (ціннісні) міркування характеризують певний психологічний стан суддів – стан переконаності, яка ґрунтується не тільки на раціональних міркуваннях, але й на вірі». Фактично вчений, хоч і згадує про об'єктивну істину, розробляє положення формальної істини.

Але найбільш категоричною у цьому плані виявилася професор В.О. Лазарева. Вона зазначає: «абсолютної достовірності знання (як і абсолютної істини) не існує, ймовірність помилки в оцінці доказаності обвинувачення, у відповідності знання дійсності, доволі висока. Єдиним механізмом, котрий здатен обмежити суб'єктивізм під час прийняття процесуального рішення і зменшити ризик засудження невинуватих є змагальність кримінального процесу, котра створює умови для контролю за посадовою особою, яка приймає процесуальні рішення у справі. Встановлення істини **не є метою кримінального процесу** (*виділено мною, – А.П.*)**,** але відображений у вироку, котрий вступив у законну силу, результат кримінального процесу презюмується істинним.» При цьому вона погоджується з видатним російським дореволюційним процесуалістом І.Я Фойницьким, котрий зазначав: «Переконатися в істинності отриманого знання можна, лише співставивши знання з дійсністю, якщо ж це неможливо (а перевірити знання про злочин дослідним шляхом, зрозуміло, неможливо), на зміну істині приходить рішучість прийняти певне міркування за істинне або хибне і покласти його в основу своєї діяль-

ності». Як випливає з наведеного, В.О. Лазарева також виступає за відмову від об'єктивної істини і відстоює ідею формальної істини у кримінальному судочинстві.

Як же бути за таких обставин розробникам нового проекту КПК України? Яку концепцію взяти за основу?

Міркування на користь залишення об'єктивної істини у кримінальному процесі України, зводяться, в основному, до того, що встановлення останньої є необхідною умовою реалізації завдань кримінального судочинства, що істина робить процес цілеспрямованим. Відмова ж від об'єктивної істини призведе до того, що ці завдання не будуть виконуватись, а розслідування кримінальних справ буде носити поверхневий характер, через відсутність обов'язку встановлення істини. За таких обставин принцип справедливості не буде реалізуватись, а кримінальний процес втратить найцінніший орієнтир, та ін.

А які аргументи можна навести проти закріплення об'єктивної істини у кримінальному судочинстві.

Як уже зазначалося вище, Україна задекларувала прагнення побудувати нову модель кримінального процесу, яка б ґрунтувалася на засаді змагальності. Але, як видається, змагальний кримінальний процес, який, з одного боку, виступає найкращою формою об'єктивного дослідження усіх обставин кримінальної справи через змагання сторін, з іншого боку не сумісний із встановленням саме об'єктивної істини. Справа у тому, що суд, виходячи із класичного розуміння змагальності, повинен досліджувати і оцінювати тільки ті докази і матеріали кримінальної справи, які подали сторони, інакше він буде сприяти або стороні обвинувачення, або стороні захисту і тим самим порушуватиме ту ж змагальність. Таким чином, руйнуватиметься сама природа змагального процесу, котра передбачає наявність у ньому двох рівноправних сторін та неупередженого суду, котрий буде вирішувати їхній спір.

Крім того, закріплений у ч.1 ст. 22 чинного КПК України обов'язок прокурора, слідчого і особи, яка провадить дізнання вжити всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдують обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують і обтяжують його відповідальність, теж суперечить змагальному процесу. Не зовсім характерним для сторони обвинувачення є збирання виправдувальних доказів. Сторона обвинувачення насамперед повинна збирати докази вини обвинуваченого, довести обґрунтованість обвинувачення, а щодо збору виправдувальних доказів, то вона повинна перевірити, чи дійсно таких немає, для того, щоб ще раз переконатись в правильності своєї позиції, а не спрямовувати свою діяльність на збирання виправдувальних доказів, – це функція сторони захисту. Та й якщо брати чинний процес, то на практиці слідчі чи прокурори в силу природи функції обвинувачення, враховуючи такі категорії, як «показники», відповідальність за закриття кримінальних справ тощо, спрямовують свою діяльність саме на збір доказів вини і використовують усі можливі процесуальні і непроцесуальні засоби для того, щоб виправдувальні докази у судовому розгляді не досліджувалися. Наприклад, прокурор може заперечувати проти призначення повторних експертиз, виклику нових свідків, укладати з адвокатом неформальну угоду, про те що адвокат не вимагатиме витребування нових виправдувальних доказів, а прокурор натомість відмовиться від одного з епізодів обвинувачення та ін..

Більше того, як зазначають окремі вчені, всебічність, повнота і об'єктивність – це лише узагальнюючі терміни для позначення процесуальних засобів, методів, підходів за допомогою яких повинна встановлюватись істина у кримінальній справі. Звідси можна зробити цілком логічний висновок, що повне, всебічне і об'єктивне дослідження обставин кримінальної справи ще не означає встановлення істини у конкретній справі.

Наступним аргументом проти об'єктивної істини у кримінальному процесі виступає закріплений у Конституції України та у галузевому законодавстві принцип презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину. Серед юридичних властивостей цього принципу вчені виділяють неможливість ґрунтування обвинувального вироку на припущеннях (ч.2 ст.327 КПК України), а також правило, за яким будь-які сумніви трактуються на користь обвинуваченого (підсудного) та можливість постановлення виправдувального вироку у зв'язку з недоведеністю участі підсудного у вчиненні злочину (ч.4 ст.327 КПК України). Власне в останньому випадку істина не встановлюється. І хоча ч.5 ст.327 КПК України за таких обставин передбачає,

що якщо при постановленні виправдувального вироку за недоведеністю участі підсудного у вчиненні злочину особа, яка вчинила цей злочин, залишається не виявленою, суд після набрання вироком законної сили виносить ухвалу про направлення справи прокурору для вжиття заходів до встановлення особи, винної у вчиненні цього злочину, на практиці по таких справах винних, як правило, не знаходять.

Ще одним аргументом проти об'єктивної істини у кримінальному судочинстві є те, що законодавець в окремих випадках сам створює перепони для її встановлення, а також свідомо визнає, що інколи у кримінальних справах істина не встановлюється.

Зокрема, законодавчо-закріпленою перешкодою до встановлення істини є визначення переліку осіб, котрі користуються свідоцьким імунітетом, як абсолютним так і відносним (ст. 69 КПК України). І хоча відсутність їхніх показань можна компенсувати іншими зібраними по справі доказами, на практиці інших доказів часто дуже мало або немає взагалі.

Щодо свідомої фіксації не встановлення істини у кримінальних справах, то таким прикладом є можливість перегляду судових рішень у кримінальних справах за нововиявленими обставинами, у зв'язку з фальсифікацією доказів, неправильністю перекладу, а також показань свідка, потерпілого, обвинуваченого, підсудного, висновку і пояснень судового експерта, на яких ґрунтується вирок; зловживаннями прокурора, дізнавача, слідчого чи суддів під час провадження у справі. Зрозуміло, що за наявності таких підстав для перегляду вироку, який набрав законної сили, а інколи вже був виконаний, істина встановлена не була.

В окремих випадках законодавець і не вимагає встановлення об'єктивної істини взагалі, виходячи із міркувань доцільності. Зокрема це має місце при закритті кримінальних справ у зв'язку з примиренням потерпілого з обвинуваченим як у справах приватного так і публічного обвинувачення (п.6 ч.1 ст.6, п.2 ч.1 ст. 7-1 КПК України), у зв'язку з спливом строків давності (п.5 ч.1 ст.7-1 КПК України), при недоведеності участі обвинуваченого у вчиненні злочину (п.2 ст.213 КПК України); при розгляді кримінальної справи судом за спрощеною процедурою судового розгляду (ч.3 ст.299 КПК України).

І останнім аргументом проти об'єктивної істини у кримінальному процесі, є неможливість її встановлення взагалі. Як відомо, під об'єктивною істиною розуміють таку сукупність знань про дійсність, яка правильно її відображає і не залежить від свідомості суб'єкта пізнання. А чи можлива така незалежність суб'єкта пізнання від самого себе? Відповідь очевидна – неможлива, оскільки згідно положень філософії, пізнання – це процес цілеспрямованого, активного відображення дійсності саме у свідомості людини, зумовлений суспільно-історичною практикою людства. Крім того, як вже згадувалося вище, критерієм істинності знання може бути його перевірка дослідним шляхом, шляхом співставлення знання про дійсність з самою дійсністю, що, як зазначав І.Я. Фойницький, у кримінальному процесі також неможливо.

Більше того, як стверджує А.А. Кухта «кримінально-процесуальне пізнання не є процесом відображення об'єктивної реальності, це не просте зняття, накопичення і наступне використання інформації. Воно є отриманням вірогідного уявлення про подію на основі даних чуттєвого досвіду, осмисленого, усвідомленого в категоріях права, культури, тобто в певній системі. Фактичне знання – це не копія у свідомості суб'єкта предмета дійсності, а її модель, тобто це дані емпірики, помножені на інтелект.» На підтвердження викладеного він наводить ще такі аргументи за результатами проведеного анкетування і дослідження чинників, які впливають на оцінку значущості доказової інформації різними учасниками процесу: «На думку слідчих, на силу доказу впливають такі суб'єктивні чинники, як "якість, своєчасність проведення слідчої дії" (40,1%), "професіоналізм слідчого" (22,6%), "дотримання вимог закону при фіксації доказу(36,7%), "пасивність процесуального супротивника" (0,6%). З опитаних суддів 28% визнали, що в ході ознайомлення з матеріалами кримінальної справи у них формується попередня думка про винність підсудного, а 63% заявили, що при складанні вироку використовують обвинувальний висновок, обвинувальний акт, наданий їм в електронному вигляді. Опитані судді вказали, що сила судового доказу залежить від таких чинників, як "ефективність його представлення" (20%), "довіра судді до юриста, який представляє цей доказ" (6%), "довіри судді до джерела доказу" (68%), "нездатність учасника судового слідства піддати критичному дослідженню доказ, представлений супротивником" (8%), "негативне враження від особи свідка, експерта, підсудного та інших, хто свідчить" (4%).»

Як видається, складно не погодитися з наведеними аргументами. Дійсно, пізнання у кримінальному процесі носить надзвичайно суб'єктивний характер. Це пов'язано насамперед з тим, що суб'єктами такого пізнання виступають люди, і пізнання вони здійснюють завжди опосередковано. Так свідки, потерпілі чи обвинувачені суб'єктивно відтворюють відомі їм обставини (враховуючи їхній емоційний стан, мовленнєвий рівень розвиту, стан пам'яті та ін), слідчий суб'єктивно їх сприймає, фіксує і оцінює (беручи до уваги наведене вище, а також рівень його інтелекту та професіоналізму), ознайомлюючись з поданими матеріалами кримінальної справи, зібрані у ній відомості суб'єктивно оцінює й суддя. Слідчий і суддя суб'єктивно оцінюють також і речові докази і документи.

Отже, з наведеного можна зробити висновок про неможливість встановлення об'єктивної істини у кримінальній справі апріорі в силу особливостей людського пізнання, котре не може бути позбавлене суб'єктивного фактору.

Підсумовуючи наведене, необхідно наголосити, що розробляючи нову процесуальну форму кримінального судочинства України, нам усе ж таки потрібно відмовитись від об'єктивної істини і як від мети процесу, і як його принципу. Що ж до ціннісного критерію, орієнтира, яким виступала об'єктивна істина у кримінальному судочинстві, такий повинна перебрати на себе істина формальна (процесуальна). Під нею ж потрібно розуміти те, що встановив суд у змагальному процесі, за умови дотримання відповідної процедури.

РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ І НАБЛИЖЕННЯ ЙОГО ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ.

Святоцька В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сьогодні відносини, пов'язані із адвокатською діяльністю, а також правові основи, принципи побудови і функціонування адвокатури в Україні врегульовано Законом України "Про адвокатуру". Закон, введений в дію 1992 року, побудований на досить демократичних засадах з урахуванням багатьох міжнародно-правових документів, що регламентують діяльність адвокатури. В загальному, концепція Закону України "Про адвокатуру" побудована на загальноприйнятих міжнародних стандартах. Вона неодноразово піддавалась міжнародним експертизам і отримувала позитивні відгуки. Однак, у зв'язку з прийняттям 1996 року Конституції України, інших нормативних актів закон потребує подальшого розвитку, внесення певних змін та уточнень. Зміни повинні бути спрямовані на демократизацію правової системи України, її належне функціонування, створення гарантій захисту прав і свобод людини. Це допоможе посилити правозахисну діяльності адвокатури, забезпечить її організаційне зміцнення, виконання нею конституційних завдань, водночас – підвищення відповідальності адвокатів за виконання своїх професійних обов'язків.

http://www.advokatura.org.ua/?З часу прийняття Закону "Про адвокатуру" 19 грудня цього року виповниться 18 років. Звичайно, ні в кого не викликає сумнівів, що він зіграв важливу роль у демократичному становленні адвокатури України, утвердженні її незалежності, розвитку самоврядності, розширенні процесуальних прав адвоката, зміцненні гарантій адвокатської діяльності, запровадженні демократичних засад організації адвокатури тощо.

http://www.advokatura.org.ua/?Та, є певні недоліки щодо його ролі у становленні української адвокатури як правозахисного інституту. Недаремно називають суттєвими недоліками закону відсутність чіткої системи організації адвокатури, руйнування єдності адвокатури, недосконалість норм щодо самоврядування, відсутність достатніх професійних і соціальних гарантій адвокатів, незахищеність професії тощо.

Втім, багаторазові спроби виправити загальновідомі недоліки адвокатського закону, які негативно відбиваються на практиці захисту прав людини, не вдалися, адже ні один із законопроектів про адвокатуру не пройшли у парламенті. Непримиренність різних точок зору на організацію адвокатури, абсолютно протилежне ставлення до створення єдиної професійної організації адвокатури, обов'язковості рішень для всіх адвокатів за відсутності їх обов'язкового членства в такій організації, породжують сумніви у парламентарів щодо доцільності прийняття нового закону "Про адвокатуру". Згідно визначення авторів деяких проектів закону «Про адвокатуру» регулює відносини, пов'язані з адвокатською діяльністю, організацією та функціонуванням адвокатури в Україні. Та все ж таки, такі законопроекти в багатьох випадках швидше дерегулюють такі відносини, адже виникає чимало спірних питань за умови його детального вивчення. Неврегульованими залишаються питання оплати праці адвоката, пенсійного забезпечення, соціального страхування, а також оподаткування адвокатської діяльності.

Що стосується європейських традицій, то серед історико – правових аспектів євроінтеграційних прагнень України особливе місце займає інститут адвокатури, оскільки існування та вивчення цього інституту поза межами європейської правової традиції неможливе. Зміст основних етапів історії адвокатури більшості європейських країн, в тому числі і України, тотожний – це становлення адвокатської професії, професійної спільноти адвокатів, соціального інституту правозахисту. Вироблені європейські та світові стандарти професійної діяльності слугують для адвокатів України системою орієнтирів при збалансуванні, практичному узгодженні ними своїх багатоманітних професійних прав і обов'язків відповідно до статусу, основним завданням адвокатури та принципів її діяльності. Відтак дослідження інституту адвокатури в Україні як складової загальної історії адвокатури дає змогу не тільки заповнити певні прогалини в історико – юридичному знанні про цей інститут, а й на цій основі сприяти досяг-

© Святоцька В., 2011

ненню головної мети – актуалізації історико – правового досвіду адвокатури, тобто пізнання його з вирішенням сучасних нагальних проблем.

Виявити певні особливості інституту адвокатури, напрямки, тенденції його розвитку, які ще не властиві українській адвокатурі, є можливим опираючись на зарубіжний досвід організації цього інституту. Досліджуючи організацію адвокатури за законодавством європейських держав можливо виявити ті недоліки, що існують у організації адвокатури України, а також окреслити напрямки вдосконалення цього інституту у рамках вітчизняного правового поля.

Говорячи про законодавчу базу регулювання адвокатської діяльності, то одним з перших ключових документів у системі європейського законодавства, що регулює діяльність міжнародної адвокатури, стали «Основні положення про роль адвокатів». Основним завданням положень стало здійснення впливу на правову політику країн-учасниць Європейського Союзу, укріплення морально-політичного фундаменту правосвідомості європейської спільноти щодо адвокатури. Основні положення сформульовано і викладено з метою допомогти країнам-учасницям ЄС у здійсненні впливу і забезпеченні належної ролі адвокатури. «Належна роль адвокатів має поважатися і гарантуватися урядами при розробці національного законодавства та його застосуванні як адвокатами, так і суддями, прокурорами, членами законодавчої та виконавчої влади і суспільством в цілому; ці принципи мають також застосовуватися до осіб, які здійснюють адвокатські функції без одержання формального статусу адвоката». Положення вищевказаного документа послужили основою для прийняття нового міжнародного документа – «Стандартів юридичної професії». Стандарти достатньо чітко окреслили і сформулювали статус адвокатури як важливого соціально-правового інституту, головним завданням якого є відстоювання і захист прав і свобод людини і громадянина. Питання реалізації європейського вибору України постало практично одночасно з відновленням державної незалежності. Сьогодні цей курс став офіційним зовнішньополітичним курсом України. Прагнення приєднатися до єдиної Європи є природнім та історично обумовленим. Крокування на шляху до євроінтеграції об'єктивно збігається з пріоритетами внутрішнього державотворення. Воно передбачає створення правової, соціальної та демократичної держави, реальне забезпечення та захист основних прав та свобод людини і громадянина, побудову держави, що посідає гідне місце серед розвинених держав світу.

Україна, визначивши основні напрями співробітництва з Європейським Союзом (ЄС), є організацією, яка в процесі свого розвитку досягла високого рівня політичної інтеграції, уніфікації права, економічного співробітництва, соціального забезпечення та культурного розвитку, розробила „Програму інтеграції України до Європейського Союзу". Програма покликана стати головним інструментом загальної стратегії на шляху наближення України до ЄС за всіма спектрами співробітництва – політичним, соціальним, фінансовим, економічним, торговельним, науковим, освітнім, культурним тощо.

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ Ч. 3 СТ. 299 КПК УКРАЇНИ

Сопронюк І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Надмірна тривалість та значна вартість для держави судових процесів вже давно стала причиною пошуку альтернативних способів здійснення правосуддя, які б дозволяли досягнути основних його завдань і при цьому бути швидшими, доступнішими, економними. Сучасні правові системи знають багато видів спрощеного та прискореного розгляду справи у суді. Суттєвий крок у напрямку запровадження спрощених процедур судового розгляду кримінальної справи та забезпечення принципу процесуальної економії у кримінальному процесі зроблено й Україною шляхом запровадження можливості застосування так званого спрощеного порядку визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню при судовому розгляді кримінальних справ.

Так, згідно з ч. 3 ст. 299 КПК України суд вправі, якщо проти цього не заперечують учасники судового розгляду, визнати недоцільним дослідження доказів стосовно тих фактичних обставин справи та розміру цивільного позову, які ніким не оспорюються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють підсудний та інші учасники судового розгляду зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності та істинності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оспорювати ці фактичні обставини справи та розмір цивільного позову в апеляційному порядку.

2. Такий порядок розгляду справи в суді на сьогодні має значне поширення у судовій практиці, однак дані судової статистики та практика розгляду даної категорії справ, а саме поширеність випадків скасування рішень, постановлених за результатами розгляду кримінальних справ у аналізованому порядку, свідчать про недосконалість та недостатність правового регулювання даного питання. На наш погляд в даному випадку не дотримано балансу між принципом процесуальної економії та кримінально-процесуальними гарантіями прав суб'єктів процесу, насамперед сторони захисту.

3. Визначаючи загальні умови застосування скороченого розгляду справи, законодавець разом з тим оминає вирішення цілої низки питань, які сьогодні ставить практика розгляду справ у суді. Так, відсутність чіткого визначення порядку фіксації волевиявлення кожного з учасників судового розгляду щодо обсягу і порядку дослідження доказів, добровільності позиції та обізнаності з положенням ч. 3 ст. 299 КПК України призводить до того, що деякі судді до матеріалів справи долучають окремі бланки-заяви чи розписки, складені учасниками судового розгляд, для додаткового підтвердження свого волевиявлення щодо можливості проведення спрощеного порядку розгляду справи та усвідомлення наслідків застосування ч. 3 ст. 299 КПК України. Однак, нормами КПК України складання таких документів не передбачено. Тому незалежно від їх наявності в матеріалах справи, такі відомості обов'язково повинні фіксуватись в протоколі судового засідання, адже саме на неправильність викладення цього документу учасники процесу мають право подавати зауваження. Сьогодні відсутність відомостей у протоколі судового засідання про роз'яснення змісту ч. 3 ст. 299 КПК України та наслідків застосування даної норми є однією з найпоширеніших підстав для повернення справи на новий судовий розгляд. А це – нові витрати, зайві зусилля учасників судового розгляду, незворотня втрата часу.

4. Відповідно до ч. 5 ст. 299 КПК допит підсудного, якщо тільки він не відмовляється від давання показань, проводиться обов'язково. Оскільки ст. 299 КПК України регулює визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядок їх дослідження в цілому, а не конкретно, важко зробити однозначний висновок про те, чи може бути застосований спрощений порядок дослідження доказів у тому випадку, коли підсудний все ж відмовляється від давання показань.

Так, на думку деяких суддів, при відмові підсудного від давання показань при визнанні фактичних обставин, дослідження доказів повинно проводиться в повному обсязі. Інші ж вва-

© Сопронюк І., 2011

жають, що така відмова полягає у підтвердженні даних досудовому слідству письмових показань та є законним засобом захисту і не повинна впливати на вирішення питання про визнання недоцільним дослідження доказів стосовно тих фактичних обставин справи та розміру цивільного позову, які ніким не оспорюються. Така позиція простежується і в деяких рішеннях Верховного Суду (Див., наприклад Ухвалу Верховного Суду від 27.01.2007 року). На наш погляд, спрощений порядок дослідження доказів може бути застосований лише за умови допиту підсудного. Ч. 3 ст. 299 КПК України передбачає з'ясування судом правильності розуміння підсудним змісту фактичних обставин справи, що передбачає поставлення йому запитань для переконання в істинності його позицій. Саме допит підсудного і його показання є гарантією того, що він підтверджує та не оспорює фактичні обставини справи.

5. Закон категорично не визначає момент проведення допиту – до чи після вирішення питання про дослідження доказів у спрощеному порядку, а відносить це на розсуд суду, зазначивши, якщо для вирішення питання щодо обсягу доказів, які будуть досліджуватись, необхідно допитати підсудного, суд вирішує його після допиту підсудного. Так, наприклад, згідно з даними узагальнення практики застосування судами Волинської області ч.3 ст.299, ст. 300-1 КПК України при розгляді кримінальних справ у переважній більшості випадків встановлення особливого порядку у судах здійснюється до допиту підсудного. Звичайно, що такі дії не є порушенням норм процесуального закону, однак як свідчить практика, можуть їм сприяти. Про це свідчать випадки скасування ухвалених вироків через необґрунтоване застосування судом положень ч. 3 ст. 299 КПК України, коли після допиту підсудного було встановлено, що фактичні обставини справи, відтворені у його показаннях, суттєво відрізняються від установлених під час досудового розслідування справи, однак, незважаючи на це, судом застосвується ч. 3 ст. 299 КПК України.

В зв'язку з цим, на наш погляд, дану норму слід відредагувати, передбачивши, що рішення про дослідження доказів в порядку ч. 3 ст. 299 КПК України може бути прийнято лише після проведення допиту підсудного. Це дозволить суду переконатись в правильному розумінні підсудним суті пред'явленого обвинувачення, фактичних обставин справи та добровільності й істинності його позиції.

6. Законодавцем не вирішено питання також про те, чи можна застосовувати особливий порядок дослідження доказів судами у випадках, коли фактичні обставини справи сторонами не оспорюються, однак повністю чи частково заперечується цивільний позов і його розмір. З цього приводу в своїй практичній діяльності деякі судді відзначають, що у вказаному випадку судом може бути проведений спрощений розгляд стосовно фактичних обставин справи (часу, місця та способу вчинення злочину), однак в повному обсязі повинні досліджуватись докази щодо підтвердження цивільного позову та його розміру. Інші судді вважають, що за таких обставин не слід застосовувати особливий порядок дослідження доказів, оскільки наслідки злочину, характер і розмір заподіяної ним шкоди також належить до фактичних обставин справи й повне або часткове невизнання цивільного позову свідчить про їх оспорювання, що унеможливлює розгляд справи в порядку ч. 3 ст. 299 КПК України.

Дійсно, враховуючи те, що згідно з ст. 64 КПК України характер та розмір заподіяної злочином шкоди охоплюється предметом доказування, то невизнання або часткове визнання обвинуваченим цивільного позову перешкоджає розгляду справи в порядку ч. 3 ст. 299 КПК України. Однак, виходячи з буквального тлумачення даного положення («суд вправі … визнати недоцільним дослідження доказів стосовно ***тих*** фактичних обставин справи та розміру цивільного позову, які ніким не оспорюються») суд може застосувати особливий порядок дослідження доказів лише щодо частини доказів, якщо на це згідні учасники справи. Тобто, в даному випадку, на розсуд суду може здійснюватись дослідження лише тих доказів, які стосуються цивільного позову.

7. Аналіз практики розгляду судами справ у спрощеному порядку та апеляційного оскарження вироків судів, ухвалених в такому порядку, свідчить про те, що підсудні не завжди свідомо погоджуються з таким рішенням. На наш погляд, це пов'язано з тим, що їм не завжди зрозуміла кримінально-правова кваліфікація вчинених дій. Це підтверджується також тим, що на практиці майже не зустрічаються випадки оскарження вироків суду, ухвалених за результатами скороченого розгляду справи, у яких брали участь захисники. Адже участь захисника все

ж додає правових гарантій підсудним у захисті їх прав та забезпечує розуміння ними правової сторони справи. Тому, на наш погляд, для зменшення кількості випадків оскаржень рішень судів, прийнятих в такому порядку, та забезпечення принципу процесуальної економії за рахунок скорочення тривалості та кількості судових процесів у апеляційній інстанції, слід передбачити обов'язкову участь захисників під час скороченого розгляду справи в суді.

8. З урахуванням наведених міркувань вважаємо за необхідне скасувати ч.3 ст. 299 КПК, а порядок дослідження доказів в особливому порядку викласти в окремій статті, в якій детально врегулювати вказане питання виходячи з поданих вище пропозицій.

ПРО ІСТОРІЮ ТА ПОНЯТТЯ КОРУПЦІЇ І ХАБАРНИЦТВА

Трепак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з найгостріших проблем українського суспільства з часів отримання незалежності була і залишається корупція. Вона становить значну загрозу для демократії, реалізації принципу верховенства права, соціального прогресу, становлення громадянського суспільства та національної безпеки. Окремі учені саме її називають головним каталізатором розвитку організованої злочинності. Тому знання природи, причин, походження та умов, що сприяють корупції в реаліях сьогодення дасть можливість в першу чергу розробити та запровадити заходи, що повинні обмежити можливість її розповсюдження та негативного впливу на належний рівень розвитку усіх сфер суспільного життя в Україні.

Корупція для суспільства явище не нове. Як свідчать історичні джерела, вона існувала за давніх часів з моменту виникнення держави та створення органу, наділеного владно-управлінськими повноваженнями. Впродовж усієї історії свого існування корупція мала одну характерну особливість – вона була шкідливою для усіх аспектів суспільного життя і негативно впливала на систему державного управління. Деякі російські вчені вважають, що перші згадування про корупцію містяться у пам'ятниках писемності Стародавнього Вавилону (XXIV століття до н.е.). Ці джерела донесли до нас, що вавилонський цар Лагаша намагався реформувати державне управління з метою припинення зловживань своїх чиновників і суддів, запобігання вимаганню незаконних винагород у храмового персоналу з боку царської адміністрації та зменшення платежів за обряди. Пізніше у стародавніх Афінах та Римі корупцією називали карані в судовому порядку незаконні дії посадових осіб держави, які розглядалися як «зіпсованість моралі», «розлад порядку в полісі». Платон і Аристотель розглядали корупцію як політичну категорію.

Ш.Л. Монтеск'є, посилаючись на історичний досвід функціонування державного апарата, констатував, що «усяка людина, що володіє владою, схильна зловживати нею, і вона йде у цьому напрямі, поки не досягне покладеної їй межі. Про хабарництво згадується ще у вітчизняних літописах XIII століття. Перше законодавче обмеження корупційних діянь належить Івану III, а його онук Іван Грозний уперше ввів страту як покарання за «надмірність у хабарах». Збереглися свідоцтва про страту диякона, який крім належної йому винагороди отримав ще й смаженого гусака, що був начинений монетами. При Петрі I зросла як корупція, так одночасно жорстока боротьба царя з нею. У корупції був звинувачений і привселюдно страчений сибірський губернатор Гагарін, а потім четвертований за хабарництво обер - фіскал Нестеров, який викрив Гагаріна. Вітчизняні історики знайшли багато цікавих документів, які свідчать про намагання наших предків протидіяти корупції у стародавні часи. У Запорізькій Січі, Велика екстрадинаційна Рада у своєму присуді від 23.12.1764 року зазначила, що згідно з військовим уставом отаманам та старшинам забороняється на особисті потреби використовувати військову казну 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.

Питання боротьби з корупцією зараз досить широко висвітлюються засобами масової інформації. Шляхи та засоби протидії цьому негативному явищу є темою дискусій соціологів, юристів, економістів, політиків. Однак, жодна держава світу не може проголосити про повну, остаточну й безперечну перемогу над цим руйнівним явищем.

На сьогодні існує досить багато наукових поглядів на розуміння сутності та визначення поняття «корупції». Однак, на даний час існує дві основні версії його виникнення. Згідно з першою версією, термін «корупція» походить від латинського «corruptio», що тлумачиться як «підкуп, хабар, продажність громадських і політичних діячів, посадовців». Щодо другої версії, то походження цього слова пов'язано із злиттям двох латинських слів «correre» та «rumpere». Перше слово перекладається як «певна кількість людей», друге – як дієслово, що означає «руйнування, пошкодження, скасування певного процес». Утворений злиттям цих слів термін

© Трепак В., 2011

«corrumpere» начебто вживався для позначення «змови декількох осіб з метою здійснення перешкоди правосуддю або відправленню інших владних повноважень».

Доцільно розглянути погляди різних науковців на це явище. О.Я. Прохоренко визначає корупцію як зловживання державною владою з метою особистої вигоди, як систему відносин, що допомагає власникам капіталу купувати все – пільги, вплив, закони, заступництво законодавчої, виконавчої та судової влади. Л.В. Багрій-Шахматов пояснює корупцію як явище, що вразило апарат державної влади і управління, коли представники цього апарату незаконно використовують своє службове положення в корисливих цілях, для особистого збагачення всупереч інтересам служби. О.В. Терещук розглядає корупцію як протизаконні діяння посадових осіб, спрямовані на особисте збагачення, і як стійкий зв'язок представників владно-управлінських структур із злочинним середовищем. Л.І. Аркуша вважає, що корупція – це протиправна діяльність визначених осіб, спрямована на використання свого службового та суспільного статусу для особистого збагачення, збагачення своїх родичів і прибічників, отримання інших переваг і благ в супереч інтересам суспільства. С.С. Рогульський пропонує правовий термін «корупція» визначити як незаконне прийняття майнових та немайнових благ і переваг особами, що уповноважені на виконання державних функцій, або особами, що відповідно до закону прирівнюються до них, з використання свого правового статусу та пов'язаних з ним можливостей, а також підкуп зазначених осіб шляхом незаконного надання їм фізичними та уповноваженими представниками юридичних осіб цих благ, послуг та переваг з метою отримання від осіб, уповноважених на виконання державних функцій, або осіб, що прирівнюються до них, певних привілеїв.

Одне з найбільш об'ємних визначень поняття корупції належить вітчизняному вченому М.І. Мельнику. На його думку, корупція – це соціальне явище, яке охоплює всю сукупність корупційних діянь, пов'язаних з неправомірним використанням особами, уповноваженими на виконання функцій держави, наданої їм влади, службових повноважень, відповідних можливостей з метою задоволення особистих інтересів чи інтересів третіх осіб, а також інших корупційних правопорушень, у тому числі і тих, які створюють умови для вчинення корупційних діянь чи є приховуванням їх або потуранням. Вона здійснює негативний вплив на соціальні процеси, пронизує різні сфери суспільства, по-різному деформуючи суспільні відносини.

Досить поширеним є ототожнення корупції з хабарництвом. Наприклад, П.М. Панченко відзначає, що корупція полягає у систематичному організованому хабарництві. А.І. Гуров пропонує під корупцією розуміти не тільки дачу, або одержання посадовою особою хабара за надання будь-якої послуги, а постійний зв'язок посадових осіб з організованими злочинцями. Однак, з таким твердженням ми погоджуємося не повністю. Видається, що хабарництво охоплюється поняттям «корупція». Основу поняття «корупція» складає хабарництво. Виправдано погодитись з думкою В. Лунєєва і В. Лукомського. Перший вважає, що «корупція не зводиться до примітивного хабарництва чим ще раз підкреслює, що поняття «корупція» ширше від поняття «хабарництво», а другий зазначає, що підкуп посадових осіб (хабарництво) є лише однією із складових корупції. А.Н. Волобуєв також не згоден з тим, що корупція є синонімом поняття «хабарництво», однак вважає, що вони мають спільну природу. На його думку, при хабарництві посадова особа залишається членом конкретної державної або громадської системи, в якій вона займала певне положення. При вчиненні корумпованих дій посадова особа, регулярно отримуючи вигоду від злочинів, включається у систему організованої злочинності, що не дозволяє їй в односторонньому порядку відмовитися від взятої на себе ролі.

Підсумовую викладене, можна сказати, що корупція для суспільства не є новим явищем. Існує досить багато думок науковців щодо визначення цьому поняттю. Ми підтримуємо з цього приводу думку М.І. Мельника, який називає корупцію явищем соціальним і відносить до неї всю сукупність корупційних діянь, пов'язаних з неправомірним використанням особою, наданих їй влади, службових повноважень і можливостей з метою задовольнити особисті інтереси чи інтереси третіх осіб. Слід також зауважити, що погляди іноземних учених на поняття «корупції» значно відрізняються від поглядів їх українських та російських колег.

На нашу думку, не слід ототожнювати поняття «корупція» і «хабарництво». Їх необхідно розмежовувати на нормативно-правовому рівні, використовуючи відповідні наукові дослідження та практику застосування законодавства у цій сфері. Адже правильне розуміння даних понять, є однією з передумов успішної протидії цим негативних явищам. Хабарництво охоплюється поняттям «корупція» і складає його основу.

ПЛАНУВАННЯ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ, СТИПЕНДІЇ, ПЕНСІЇ ЧИ ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ

Фігурський В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з важливих умов швидкого і повного розкриття злочинів є його планування. За змістом – це пізнавальний процес, що має на меті виявити всі необхідні обставини події, яка розслідується та встановити істину в кримінальній справі. Розкриття кожного злочину породжує необхідність розв'язання не тільки загальних завдань, які випливають з вимог кримінально-процесуального закону і певної кримінально-правової кваліфікації, а й конкретних, що визначаються характером і обсягом інформації, наявної до початку розслідування і на окремих його етапах. Це в свою чергу обумовлює те, що в процесі розслідування проводиться значна кількість різних слідчих, оперативно-розшукових та інших процесуальних дій.

Постановка окремих завдань, зміст питань, які підлягають з'ясуванню, проведення слідчих дій, черговість і час їх виконання визначаються слідчим і мають становити чітку, оптимальну систему, що забезпечує швидкість, повноту, всебічність і об'єктивність дослідження обставин справи.

Відомо, що планування розслідування є одним із основних напрямів організації розслідування злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат.

Аналіз кримінальних справ про злочини, передбачені ст. 175 КК України, свідчить, що досудове розслідування в цій категорії справ проводиться впродовж значного періоду часу, при цьому допускаються помилки (як процесуального, так і тактичного характеру), що, своєю чергою, спричинює необґрунтоване закриття кримінальних справ або виправдання обвинувачених. Серед причин наведеної ситуації необхідно насамперед назвати недоліки планування на всіх етапах розслідування злочину.

Питанням, пов'язаним з плануванням розслідування, в юридичній літературі приділено достатньо уваги. Проте питання щодо планування початкового (як і наступного) етапу розслідування злочинів, пов'язаних з невиплатою заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат залишається недослідженим.

Планування базується на фактичному матеріалі, тобто інформації, зібраній на конкретний момент розслідування. Планування на досудовому слідстві залежно від етапів розслідування, на яких воно здійснюється, прийнято поділяти на таке, яке здійснюється на: початковому, наступному та завершальному етапі розслідування злочину.

Початковий включає планування: попередньої перевірки матеріалів про ознаки злочину; збирання додаткових матеріалів для порушення кримінальної справи; планування порушення кримінальної справи; початку дізнання або досудового слідства.

Специфічною ознакою розслідування у кримінальних справах про невиплату заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат є те, що планування, як правило, повинно здійснюватися вже на стадії порушення кримінальної справи – після отримання інформації про вчинений чи такий, що готується злочин, передбачений ст. 175 КК України, оскільки доведення умислу та безпідставності невиплати зазначених виплат потребує значних зусиль та відповідної підготовки. На цій стадії воно має, як правило, усну форму. Після ж провадження невідкладних слідчих дій та оперативно-розшукових заходів виникає можливість письмового планування розслідування.

Значення планування розслідування визначається важливістю завдань, які можуть бути вирішені за його допомоги. До завдань планування розслідування належать: 1) орієнтування в обставинах учиненого злочину; 2) визначення правильних способів розкриття злочину; 3) пошук доказів і джерел їх отримання; 4) встановлення й розшук злочинців за гарячими слідами;

© Фігурський В., 2011

5) забезпечення об'єктивності, повноти і всебічності розслідування; 6) своєчасне застосування науково-технічних і тактичних прийомів криміналістики з урахуванням особливостей кожної справи; 7) забезпечення найбільш ефективного поєднання оперативно-розшукових заходів і слідчих дій у розслідуванні; 8) сприяння економії сил і засобів слідчого апарату, швидкість розслідування; 9) встановлення причин і умов, що сприяли вчиненню конкретного злочину.

Можна запропонувати наступну структуру планування у справах про злочини, передбачені ст. 175 КК України: 1) аналіз інформації, що наявна у кримінальній справі (слідчої ситуації) і визначення загально напрямку дій, формування цілей (завдань) розслідування; 2) побудова слідчих версій; 3) виведення логічних висновків із версій; 4) визначення кола обставин, які належить встановити: предмета і меж доказування, обставин, з'ясування яких є необхідним для встановлення істини; 5) визначення шляхів і засобів вирішення поставлених завдань, за допомогою яких буде встановлено обставини вчиненого злочину та засобів прийняття тактичних рішень (визначення комплексу взаємопов'язаних слідчих, оперативно-розшукових та інших процесуальних дій, а також послідовності їх вчинення (програми розслідування); визначення необхідності і моменту залучення при цьому спеціальних знань); 6) визначення виконавців і термінів виконання, послідовності проведення запланованих дій та заходів; 7) оформлення наміченої програми у вигляді письмового плану і іншої документації з планування розслідування (схем, графіків, карток тощо); 8) постійний контроль виконання і корегування плану розслідування.

Стосовно кримінальних справ, порушених за ознаками злочину, передбаченого ст. 175 КК України, в першу чергу необхідно планувати:

- ✓ фіксацію фактів невиплати заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат;
- ✓ виявлення речових доказів та документів, як основного джерела доказів при розслідуванні цієї категорії злочинів, вжиття заходів до їх збереження;
- ✓ встановлення свідків та потерпілих;
- ✓ встановлення інших джерел доказів і засобів, за допомогою яких вони можуть бути зібрані.

Справи досліджуваної категорії злочину відносяться до складних кримінальних справ, тому і розслідувати їх не можна без письмового плану.

Саме план роботи слідчого є ключовим в структурі діяльності, що називається плануванням розслідування. Крім цього у плані повинні відображатися питання взаємодії. У ньому чітко окреслюються як завдання розслідування в цілому, так і слідчого і оперативних працівників окремо. Також доцільно відобразити конкретні заходи, що мають бути вчинені учасниками співпраці тощо.

ЧИ ВПРАВІ ОБВИНУВАЧЕНИЙ ДАВАТИ НЕПРАВДИВІ ПОКАЗАННЯ?

Яворський Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Надзвичайно важливим правом обвинуваченого (підозрюваного, підсудного) є право давати показання або відмовитися давати показання. У теорії кримінального процесу воно отримало назву привілей проти самовикриття. Це право передбачено у ряді міжнародних актів (п.3d ст.14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, п.1 ст.67 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду; п.3е ст.6 Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права і основні свободи людини та ін.) і прямо випливає із закріпленого у ст.62 Конституції України принципу презумпції невинуватості та положення ст.63 Конституції України, відповідно до якого ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Хоча дане право в Конвенції прямо не сформульоване, Європейський суд з прав людини визнає його як основоположний принцип справедливого правосуддя і розглядає в рамках п.1 ст.6 (рішення від 12.06.2008р. у справі „Яременко проти України", рішення від 19.02.2010р. у справі „Колесник проти України", рішення від 19.02.2009р. у справі „Шабельник проти України" та ін.). Право особи не свідчити проти себе передбачає, зокрема, що органи влади повинні шукати докази, не вдаючись до використання свідчень, отриманих шляхом застосування методів примусу та утисків у супереч волі особи, якій пред'явлено обвинувачення. Захищаючи обвинуваченого від неправомірного примусу з боку органів влади, ці імунітети допомагають уникнути помилок судочинства та гарантувати дотримання цілей статті 6 Конвенції.

Обов'язок роз'яснити таке право обвинуваченому покладений на слідчого при пред'явленні обвинувачення, а підсудному – на головуючого у судовому засіданні. Реалізуючи його, обвинувачений має можливість відмовитися давати показання, причому така відмова не може тлумачитися як визнання ним вини і враховуватися як обставина, що обтяжує відповідальність, адже обов'язок доказування покладений на сторону обвинувачення. Закон забороняє перекладати цей обов'язок на обвинуваченого. Крім того, під загрозою кримінальної відповідальності (ст.373 КК) заборонено примушувати особу давати показання шляхом насильства, погроз та інших незаконних дій.

У контексті права обвинуваченого давати показання чи відмовитися давати запитання, постає запитання: чи вправі обвинувачений давати неправдиві показання? У юридичній літературі немає однозначної відповіді на нього, та й законодавство у цьому плані чітко не виписано. Так серед правників існує думка, що давання обвинуваченим завідомо неправдивих показань не може розглядатися як допустимий спосіб його захисту, оскільки це не зумовлено його законними інтересами, суперечить публічним інтересам, інтересам правосуддя, не відповідає принципу рівності сторін. Тому пропонується встановити кримінальну відповідальність обвинуваченого (підозрюваного, підсудного) за давання ним завідомо неправдивих показань.

Однак не всі науковці погоджуються з такою позицією. Суть їхніх заперечень зводиться до наступного: право давати неправдиві показання пов'язане з необхідністю реально забезпечити право на захист, яке, звичайно, є несумісним з обов'язком давати правдиві показання; бажання уникнути відповідальності, покарання у виді позбавлення волі – це цілком обґрунтований особистий інтерес особи, яку підозрюють чи обвинувачують у вчиненні злочину, тому давання завідомо неправдивих показань і відмова від показань, є наслідком реалізації права на захист і не суперечить конституційним принципам кримінального процесу.

Чинне законодавство передбачає наступну ситуацію. Кримінально-процесуальний кодекс не забороняє обвинуваченому давати неправдиві показання, адже у жодній його нормі не передбачено, що обвинувачений зобов'язаний давати тільки правдиві показання. Крім того, обвинувачений, на відміну від свідка та потерпілого, не попереджається про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань. Тому на перший погляд видається, що відповідь на задекларованe запитання очевидна. Однак не все так однозначно.

© Яворський Б., 2011

Кримінальний закон встановлює кримінальну відповідальність за „Завідомо неправдиве показання" (ст.384 КК) та за „Завідомо неправдиве повідомлення про вчинення про вчинення злочину" (ст.383 КК). Аналіз даних статей дозволяє однозначно стверджувати, що обвинуваченого, який дає неправдиві показання, не можна притягувати до кримінальної відповідальності за ст.384 КК, адже її диспозиція чітко передбачає, що суб'єкт даного злочину спеціальний – ним може бути тільки свідок, потерпілий, експерт та перекладач. Однак таку особу (підозрюваного, обвинуваченого, підсудного), в принципі, можна притягнути до кримінальної відповідальності за ст.383 КК, диспозиція якої сформульована наступним чином: „Завідомо неправдиве повідомлення суду, прокурору, слідчому або органу дізнання про вчинення злочину", і немає вказівки, що суб'єкт даного злочину спеціальний. Тому, виходить, якщо, наприклад, обвинувачений під час допиту заявляє, що злочин вчинив не він, а інша особа, однак у результаті перевірки дана інформація не підтвердиться, то дії обвинуваченого слід додатково кваліфікувати за ст.383 КК.

Саме таким шляхом йде вітчизняна судова практика. Так, наприклад, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах ВСУ ухвалою від 28.11.2006р. скасувала вирок Апеляційного суду Львівської області від 09.06.2006р., яким Б. засуджено за ч.1 ст.185 КК України на один рік позбавлення волі, за п.9 ч.2 ст.115 КК України на дванадцять років позбавлення волі, і направила справу прокурору на нове розслідування. В ухвалі колегії суддів Судової палати відзначається: „За таких обставин, оскільки Б. заявив про причетність М. до крадіжки та вбивства потерпілої, суд зобов'язаний був за клопотанням учасників судового розгляду в порядку, передбаченому ст.315 КПК, *попередивши Б. про кримінальну відповідальність за ст.383 КК*, дати доручення прокурору перевірити цю заяву, відклавши розгляд справи до закінчення перевірки, або ж повернути справу для проведення нового розслідування."

Видається, що такий підхід до вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності обвинуваченого, який під час допиту заявляє про те, що злочин вчинив не він, а інша особа, є помилковим. Заборона обвинуваченому під загрозою кримінальної відповідальності стверджувати, що злочин, у вчиненні якого він обвинувачується, був вчинений іншою особою, порушуватиме його право на захист. У такому разі дія принципу презумпції невинуватості та правила про розподіл обов'язку доказування між сторонами значно обмежується. Крім того, це порушує баланс інтересів сторін і публічні інтереси та мотиви боротьби зі злочинністю домінуватимуть над особистими інтересами особи, її життям і здоров'ям, честю і гідністю, що є неприпустимим у демократичному суспільстві. У сторони обвинувачення є достатньо можливостей для перевірки заяв та повідомлень обвинуваченого і протистояння його неправдивим показанням. Також необхідно звернути увагу на те, що на початку допиту обвинувачений не попереджається про кримінальну відповідальність за ст.383 КК, а тому, навіть якщо у ході допиту він і повідомить про вчинення злочину іншою особою, то його не правильно було б притягати за це до кримінальної відповідальності. Безперечно, не можна допускати і протилежної ситуації, коли право обвинуваченого давати показання не буде обмежено жодними положеннями, адже це призведе до домінування інтересів обвинуваченого над публічними інтересами.

Проаналізувавши висловлені у літературі пропозиції про необхідність обмеження права обвинуваченого давати неправдиві показання, можна констатувати, що є дві основні ідеї. Перша полягає у тому, щоб дозволити обвинуваченому без загрози кримінальної відповідальності за ст.383 КК давати будь-які показання проти інших осіб тільки щодо обставин, які становлять зміст пред'явленого йому обвинувачення. Друга – обвинувачений повинен притягатися до кримінальної відповідальності за завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину тільки у тому випадку, коли він заявляє про вчинення злочину чітко визначеною, конкретною особою. Не вдаючись до детального аналізу даних підходів, слід зазначити, що вони не є досконалими та не дають відповіді на питання про те, як, наприклад, необхідно оцінювати дії обвинуваченого, який вчинив само обмову, і це буде встановлено матеріалами справи, тобто, чи буде він у такому випадку додатково підлягати кримінальній відповідальності за ст.383 КК, адже усі формальні вимоги для цього є? Дана проблема не є простою і потребує ще напрацювань, але уже зараз можна однозначно констатувати, що існуючу редакцію ст.383 КК потрібно

змінювати, наприклад, чітко передбачивши суб'єкта даного злочину чи винятки, коли дана стаття не застосовується.

Таким чином, обвинувачений має право давати неправдиві показання, але таке право на сьогоднішній день обмежується ст.383 КК України.

Зміст

СЕКЦІЯ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Бачинський Т.
ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ МОЛОДІ: СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМИ У НАУКОВІЙ ЛІТЕРАТУРІ 3

Венецька О.
ВПЛИВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ НА ФОРМУВАННЯ НОВІТНІХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ ПРАВ ЛЮДИНИ 6

Гайова О.
ЗАКОНИ В КОНТИНЕНТАЛЬНОМУ ПРАВІ: ПОДІБНІ ТА ВІДМІННІ ОЗНАКИ 8

Грищук О.
ПРАВО ЯК ФОРМА СОЦІАЛЬНОГО ВИЗНАННЯ ЦІННОСТІ ЛЮДИНИ 11

Добрянський С.
ВПЛИВ ХРИСТИЯНСТВА НА СТАНОВЛЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ 14

Косович В.
ТЕХНІКО-ТЕХНОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ВДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ УКРАЇНИ 17

Левицька Н.
ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ 20

Луць Л.
ПРАВОВА ПАРАДИГМА У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ 22

Монастирський О.
НОРМАТИВНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ В УКРАЇНІ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ 24

Мочульська М.
РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ ЯК СКЛАДОВА ФОРМУВАННЯ КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ 27

Ничка Ю.
ПРАВОТВОРЧІСТЬ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СКАНДИНАВСЬКОГО ТИПУ: ПОРІВНЯЛЬНОПРАВОВІ АСПЕКТИ 29

Онишко Є.
ЗМІСТОВНІ ЗМІНИ В ЗАКОНАХ УКРАЇНИ ПІД ВПЛИВОМ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ 32

Полянський Т.
ДОБРОСОВІСНІСТЬ, РОЗУМНІСТЬ І СПРАВЕДЛИВІСТЬ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНІ КРИТЕРІЇ ОЦІНКИ ДОТРИМАННЯ ЗАБОРОНИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ 34

Стецик Н.
ПРАВОТВОРЧА ТЕХНОЛОГІЯ: РОЗМЕЖУВАННЯ ВІД СУМІЖНИХ ПОНЯТЬ 36

Цебенко С.
ГРОМАДЯНСЬКІ ПРАВА ЛЮДИНИ В ПРАВОСЛАВНІЙ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ....38

Янишина І.
ПРАВОТВОРЧІ ПОМИЛКИ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ:
ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ....40

Ясіновська А.
КОДЕКСИ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ....42

СЕКЦІЯ ІСТОРИКО-ПРАВОВИХ НАУК

Андрусяк Т.
БІОГРАФІЧНИЙ МЕТОД У ДОСЛІДЖЕННІ
УКРАЇНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ ДУМКИ....45

Балко О.
ЕТИКО-ПРАВОВІ ТРАДИЦІЇ У СІМЕЙНОМУ ПРАВІ КРАЇН
РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ....48

Бедрій М.
СТАДІЇ УКРАЇНСЬКОГО КОПНОГО СУДОЧИНСТВА (XIV-XVIII СТ.)....51

Бойко І.
ДЕЯКІ ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ФОРМУВАННЯ ДЖЕРЕЛ
ПРАВА У ГАЛИЧИНІ (XIV – ПЕРША ПОЛОВИНА XVI СТ.)....54

Гриб Н.
АВСТРІЙСЬКА КОНСТИТУЦІЯ 1850 РОКУ....58

Гуменюк Г.
ДО ПИТАННЯ ПРО РЕДАКЦІЇ «САКСОНСЬКОГО ЗЕРЦАЛА»....61

Дмитришин Ю.
ХЕЛМІНСЬКЕ ПРАВО ЯК ДЖЕРЕЛО «ЗІБРАННЯ
МАЛОРОСІЙСЬКИХ ПРАВ 1807 Р.»....63

Закревський А.
ОРГАНІЗАЦІЯ І ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ ПОЛІЦІЇ У
ГАЛИЧИНІ В СКЛАДІ АВСТРІЇ (1772–1867 РР.)....65

Кобилецький М.
МАҐДЕБУРЗЬКЕ ПРАВО У КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНОЇ ЄВРОПИ....69

Кольбенко А.
МІСЦЕ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА В СИСТЕМІ ЮРИДИЧНИХ НАУК....72

Кульчицький П.
ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО
БУДІВНИЦТВА ЗАХІДНО-УКРАЇНСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ....74

Липитчук О.
НАЙВИЩИЙ СУД В МІЖВОЄННІЙ ПОЛЬЩІ:
ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ....76

Моряк-Протопопова Х.
ОСОБЛИВОСТІ НАВЧАННЯ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ У ГАЛИЧИНІ ТА ПРОХОДЖЕННЯ НИМИ ПРАКТИКИ ПРИ НАМІСНИЦТВІ ТА СТАРОСТВАХ (1849 – 1918 рр.) ... 79

Онишко О.
ОСОБЛИВОСТІ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ У РИМО-КАТОЛИКІВ НА ТЕРИТОРІЇ МІЖВОЄННОЇ ПОЛЬЩІ ... 82

Ригіна О.
США: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ПІДСУДНОСТІ СПРАВ ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ ОПІКИ НАД ДІТЬМИ ... 85

Семків В.
КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ПІДХІД РАЙНГАРДА КОЗЕЛЛЕКА ДО ІСТОРІЇ ПРАВА ... 87

Тищик Б.
ПЕРЕДУМОВИ ПРИЙНЯТТЯ ТА ХАРАКТЕРНІ ОСОБЛИВОСТІ ДІЮЧОЇ КОНСТИТУЦІЇ ПОЛЬЩІ(1997 Р.). ... 89

Федущак-Паславська Г.
ПРАВО ВЛАСНОСТІ ТА ІНШІ РЕЧОВІ ПРАВА У РИМІ ТА У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОГО ТИПУ ... 93

Шандра Р.
ФЕОДАЛЬНІ ПОВИННОСТІ У СЕЛАХ ВОЛОСЬКОГО ПРАВА ГАЛИЧИНИ (XIV-XVIII СТ.) ... 95

Якимець О.
ОРГАНІЗАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА В НІМЕЧЧИНІ ... 99

Ясінська Л.
КИЇВСЬКА РУСЬ ЯК СУБ'ЄКТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН (СЕРЕДИНА - ДРУГА ПОЛОВИНА IX СТ.) ... 101

СЕКЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НАУК

Бориславська О.
ЛЕГІТИМНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ ЯК ЇЇ ЮРИДИЧНА ВЛАСТИВІСТЬ ... 103

Бориславський Л.
ДЕРЖАВНІ ОРГАНИ ЯК СУБ'ЄКТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ... 105

Гураль П.
ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ ТА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ ... 108

Заяць І.
ДЕРЖАВНА ПОЛІТИКА В ГАЛУЗІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ... 110

Кобрин В.
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРЕМ'ЄР-МІНІСТРІВ ФРАНЦІЇ ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ... 113

Пілат Є.
ПРАВОВІ ЗАСАДИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ 115

Прус В.
ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИБОРЧОГО ПРОЦЕСУ НА ВИБОРАХ ДЕПУТАТІВ РАЙОННИХ РАД 117

Ревер О.
«МАЛА» КОНСТИТУЦІЯ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩІ (17 ЖОВТНЯ 1992 РОКУ.) 119

Різник С.
ДЕЯКІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ УКРАЇНИ 121

Чушенко В.
ФОРМА ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ У СУЧАСНИЙ ПЕРІОД ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ В УКРАЇНІ 124

Янчишин Т.
РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ НОРМ: ПОНЯТТЯ І ФОРМИ 127

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ТА ФІНАНСОВО-ПРАВОВИХ НАУК

Бойчук Т.
ДЕРЖАВНІ ГАРАНТІЇ ЗАОЩАДЖЕНЬ В УКРАЇНІ 130

Жмурко О.
РЕФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ НАДАВАЧІВ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ. 133

Ільницький О.
ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ЗА АДМІНІСТРАТИВНИМИ ПОЗОВАМИ ПРО ПРИМУСОВЕ ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ, ІНШИХ ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОГО МАЙНА, ЩО НА НІЙ РОЗМІЩЕНІ, З МОТИВІВ СУСПІЛЬНОЇ НЕОБХІДНОСТІ 136

Криса Т.
ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СПРАВАХ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З МІСЦЕВИМИ ВИБОРАМИ 140

Мостовий А.
КОНЦЕПЦІЯ «ЄДИНОГО ВІКНА» У МИТНІЙ СПРАВІ 143

Ткач Г.
ДО ПИТАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИМУСУ 145

Хлібороб Н.
СУБ'ЄКТИ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО СПОРУ 148

Школик А.
ВИДИ ДЖЕРЕЛ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА 150

Янюк В.
ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА
ПРО ПРОФЕСІЙНУ ЕТИКУ ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ 152

СЕКЦІЯ ЦИВІЛІСТИЧНИХ НАУК

Воробель У.
ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВІДМОВИ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВОНАСТУПНИКА
НА БОЦІ ПОЗИВАЧА ВІД ВСТУПУ В ЦИВІЛЬНУ СПРАВУ 155

Галушка Ю.
ФАКТОР ВИНИ В ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ,
ЗАВДАНОЇ ОРГАНАМИ ДІЗНАННЯ ТА ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА 158

Герц А.
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСТАВИ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ 160

Гнатів О.
ПОНЯТТЯ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ ЗА ПАЙОВИМИ ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ 162

Квіт Н.
ІСТОТНІ УМОВИ ДОГОВОРУ ПРО ІПОТЕЧНИЙ БОРГ 164

Коссак С.
ТРЕТІ ОСОБИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ КРАЇН ЄС 167

Коссак В.
ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ДЕРЖАВИ В ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ 169

Лепех С.
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СТОРІН ЗА ДОГОВОРОМ БАНКІВСЬКОГО
ВКЛАДУ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ 172

Навроцька Ю.
ОСНОВНІ НАПРЯМКИ РЕФОРМУВАННЯ НАКАЗНОГО
ПРОВАДЖЕННЯ СУДОВОЮ РЕФОРМОЮ 2010 РОКУ 174

Німак М.
УЧАСТЬ ЗАІНТЕРЕСОВАНИХ ОСІБ У СПРАВАХ
ПРО НАДАННЯ ПРАВА НА ШЛЮБ 177

Плукар І.
СТОРОНИ ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ
У СФЕРІ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА 179

Поляник К.
БУДІВЛІ (СПОРУДИ) ЯК ОБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН 182

Саванець Л.
ПРАВА ІНКОРПОРОВАНІ В БЕЗДОКУМЕНТАРНИХ ЦІННИХ ПАПЕРАХ 184

Сеник С.
ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У ЦИВІЛЬНІЙ СПРАВІ 186

Рожик Ю.
ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ТА ПРЕДСТАВНИКА У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ.....188

Тарасенко Л.
ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ НАЙМУ (ОРЕНДИ) ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ 191

Фортуна Т.
ПОРЯДОК ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ В УКРАЇНІ.....196

Цікало У.
ПОРЯДОК УКЛАДЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ ДОГОВОРІВ ПРИ ЗБІЛЬШЕННІ СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ (ДОДАТКОВОЮ) ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ.....199

Шама Н.
ТЕОРІЇ СПІЛЬНОГО ЗАПОВІТУ.....202

Юркевич Ю.
ПОНЯТТЯ ОБ'ЄДНАННЯ ПІДПРИЄМСТВ.....204

Яворська О.
ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ, ЩО ПРИЄДНУЄТЬСЯ ДО ДОГОВОРУ.....206

Якубівський І.
ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА.....209

СЕКЦІЯ ТРУДОВОГО, АГРАРНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Барабаш Н.
ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ГЕОЛОГІЧНОГО ВИВЧЕННЯ НАДР.....211

Бек У.
ОХОРОНА ПРАЦІ ЯК ЕЛЕМЕНТ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН.....214

Бурак В.
ІНДИВІДУАЛЬНИЙ САМОЗАХИСТ ПРАЦІВНИКАМИ СВОЇХ ПОРУШЕНИХ ПРАВ.....216

Ващишин М.
ЕКОЛОГІЗАЦІЯ ЯК ПРИНЦИП ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ 218

Вісьтак М.
РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ, ЯК ДЖЕРЕЛО ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ.....220

Гураш В.
ПОГЛЯДИ УКРАЇНСЬКИХ ВЧЕНИХ НА ПОНЯТТЯ «ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА» У РАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД 222

Жиравецький Т.
ОСОБЛИВОСТІ ОРЕНДИ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ 224

Іваночко О.
СКЛАДНА ЖИТТЄВА ОБСТАВИНА ЯК ПІДСТАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ 227

Козак З.
ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ З ОХОРОНИ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ, ЗАЙНЯТИХ НА РОБОТАХ З ВАЖКИМИ ТА ШКІДЛИВИМИ УМОВАМИ ПРАЦІ 232

Лещух Д.
ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНОЇ ІНСПЕКЦІЇ ПРАЦІ 235

Максимишин Р.
ПОНЯТТЯ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ ІЗ ТИМЧАСОВОЮ ВТРАТОЮ ПРАЦЕЗДАТНОСТІ 238

Мокрицька Н.
ЗНАЧЕННЯ КОНКУРСНОГО ВІДБОРУ ДЛЯ УКЛАДЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ 241

Рим О.
ПРО ФОРМИ КОНКУРЕНТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАЦІВНИКА І РОБОТОДАВЦЯ 244

Рушинець Ю.
ПОНЯТТЯ ВІДШКОДУВАННЯ ЗБИТКІВ ВЛАСНИКАМ ЗЕМЛІ ТА ЗЕМЛЕКОРИСТУВАЧАМ 246

Синчук С.
ГАРАНТУВАННЯ СОЦІАЛЬНИМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯМ ГІДНОГО РІВНЯ ЖИТТЯ ОСОБИ ЯК ПРИНЦИП ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ. 249

Стасів О.
СУТНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ПРАЦЮ 252

Федорович І.
ПОНЯТТЯ ТА СКЛАД ЗЕМЕЛЬ ОЗДОРОВЧОГО ПРИЗНАЧЕННЯ В УКРАЇНІ 254

Федорович В.
ЗМІНА ПРІОРИТЕТІВ ТА ЗАВДАНЬ ЗЕМЕЛЬНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ В СУЧАСНИХ УМОВАХ 256

Цюцик О.
ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОПОДАТКУВАННЯ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРОВИРОБНИКІВ 258

Чернявська Г.
СУБ'ЄКТИ ПРОЦЕДУРНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ 261

Чопик О.
ВИДИ КОНТРОЛЮ ЗА ВИКОРИСТАННЯМ ТА ОХОРОНОЮ ЗЕМЕЛЬ ЛІСОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ 264

Чопко Х.
ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОННОЇ ФУНКЦІЇ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА 266

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО, КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛОГІЇ

Антонюк Н.
НЕРУХОМІСТЬ ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ 269

Боднарчук Р.
ДОСВІД ДЕРЖАВ-УЧАСНИЦЬ СНД У БОРОТЬБІ ЗІ ЗНИЩЕННЯМ АБО ПОШКОДЖЕННЯ МАЙНА 272

Бойко А.
КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ ТА КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ 276

Бурдін В.
ОБМЕЖЕНА ОСУДНІСТЬ В МЕХАНІЗМІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 279

Василаш В.
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА НАЯВНОСТІ ОБСТАВИН, ЩО ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ 281

Гриниха І.
ПОНЯТТЯ СПІВВИКОНАВЦЯ ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ 285

Гуменюк Ю.
ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ (РОЗСУДУ) ПРИ ПРИЗНАЧЕННІ ПОКАРАННЯ 288

Денькович О.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА У РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ 292

Кондра О.
СУБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ «НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ І НСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ» 295

Марисюк К.
ДО ПИТАННЯ ПРО ВІДНЕСЕННЯ ПОКАРАННЯ У ВИДІ ВИПРАВНИХ РОБІТ ДО КАТЕГОРІЇ “МАЙНОВІ ПОКАРАННЯ” 298

Маркін В.
ВИНА У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОМУ СТ. 178 «ПОШКОДЖЕННЯ РЕЛІГІЙНИХ СПОРУД ЧИ КУЛЬТОВИХ БУДИНКІВ» КК УКРАЇНИ 300

Мартинишин Г.
ПРАВОВА ПРИРОДА СУКУПНОСТІ ВИРОКІВ: ПОНЯТТЯ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ. 302

Мелих Б.
ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПОМИЛКИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ 304

Остапик Я.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВІДМЕЖУВАННЯ ЗАЗДАЛЕГІДЬ НЕОБІЦЯНОГО ПРИХОВУВАННЯ ВІД СПІВУЧАСТІ У ЗЛОЧИНІ 307

Палюх Л.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ 309

Панчак О.
РОЛЬ ПРИКІНЦЕВИХ ТА ПЕРЕХІДНИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ЙОГО ДОКТРИНАЛЬНОГО ТЛУМАЧЕННЯ 312

Пісна Н.
ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА 315

Цюра А.
ПРОБЛЕМА ВСТАНОВЛЕННЯ СУБ’ЄКТА ЗЛОЧИНУ “ВИПУСК АБО РЕАЛІЗАЦІЯ НЕДОБРОЯКІСНОЇ ПРОДУКЦІЇ” 318

Ясеницький В.
ПОТЕРПІЛИЙ, ЯК ОЗНАКА СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ’Я ПАЦІЄНТА 320

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

Андріїв Д.
ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПОЗОВУ У СПРАВАХ ПРО ЗЛОЧИНИ, ОБ’ЄКТОМ ЯКИХ Є ПРАВО ВЛАСНОСТІ НА ЖИЛЕ ПРИМІЩЕННЯ 323

Анікіна Н.
СУДОУСТРІЙ В УКРАЇНІ ЗА НОВИМ ЗАКОНОМ УКРАЇНИ «ПРО СУДОУСТРІЙ ТА СТАТУС СУДДІВ» 325

Багрій М.
ДОСТОВІРНІСТЬ НЕПРЯМИХ ДОКАЗІВ 327

Бобечко Н.
СУТЬ, ЗАВДАННЯ, ЗНАЧЕННЯ ТА ХАРАКТЕРНІ РИСИ АПЕЛЯЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ 329

Бойко В.
ПРОБЛЕМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ. 332

Вовк І.
МЕТОД ВІДСИЛОК ТА АНАЛОГІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ РОЗМЕЖУВАННЯ 335

Гринишин А.
«ПРАВО І ФАКТИ» У СУДІ ПРИСЯЖНИХ ЗАСІДАТЕЛІВ 337

Гузела М.
ОБМЕЖЕННЯ ВОЛІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ У ВІДПОВІДНОСТІ ДО ПОЛОЖЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ 339

Єзерський Р.
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗКРИТТЯ І РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ 341

Жолнович І.
ДЕЯКІ КРИМІНАЛІСТИЧНІ АСПЕКТИ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНУ, ВЧИНЕНОГО СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ 343

Іванюк І.
ПРАВО НА ЗАХИСТ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ НИМ: ЩОДО КІЛЬКОСТІ ЗАХИСНИКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ 344

Калужинський О.
ОЦІНОЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДДІ ПРИ ПРИЙНЯТТІ НИМ РІШЕННЯ ПРО ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ В СТАДІЇ ПОПЕРЕДНЬОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ 346

Калужна О.
ПРО ВИДИ КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ХАРАКТЕРИСТИК ЗЛОЧИНІВ 349

Когутич І.
ЗАКОНОМІРНОСТІ ПРИСТОСУВАННЯ ДОСЯГНЕНЬ КРИМІНАЛІСТИКИ У ВИРІШЕННЯ ЗАВДАНЬ СУДОЧИНСТВА 351

Луцик В.
ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ПРОВЕДЕННЯМ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ ТА ОПЕРАТИВНО – ТЕХНІЧНИХ ЗАХОДІВ 353

Мазур М.
РЕАБІЛІТАЦІЯ СУДОМ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ОСОБИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 355

Мурадов В.
ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ТЕХНІКО-КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ЗАСОБІВ У СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВ (В КОНТЕКСТІ ДОТРИМАННЯ ГЛАСНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА) 358

Нор В.
РОЛЬ СУДУ У ВСТАНОВЛЕННІ ІСТИНИ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЗА ЧИННИМ КПК УКРАЇНИ 361

Павлишин А.
КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА І ВСТАНОВЛЕННЯ ІСТИНИ 364

Святоцька В.
РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ І НАБЛИЖЕННЯ ЙОГО ДО ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ 369

Сопронюк І.
ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ Ч. 3 СТ. 299 КПК УКРАЇНИ 371

Трепак В.
ПРО ІСТОРІЮ ТА ПОНЯТТЯ КОРУПЦІЇ І ХАБАРНИЦТВА 374

Фігурський В.
ПЛАНУВАННЯ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З НЕВИПЛАТОЮ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ, СТИПЕНДІЇ, ПЕНСІЇ ЧИ ІНШИХ УСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ВИПЛАТ 376

Яворський Б.
ЧИ ВПРАВІ ОБВИНУВАЧЕНИЙ ДАВАТИ НЕПРАВДИВІ ПОКАЗАННЯ? 378

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали XVII регіональної
науково-практичної конференції

(3-4 лютого 2011 р.)

Умовних друкованих аркушів – 23,5. Обл.-вид. арк. – 23,9.
Наклад – 200.

Надруковано малим видавничим центром юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка.
79000, м.Львів, вул. Січових Стрільців, 14.
E-mail: deklaw@law.franko.lviv.ua